





De la certitude à la confiance
Le principe de sécurité juridique
dans la jurisprudence de la Cour de justice
de l'Union européenne



PUBLICATIONS DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS-BRUXELLES

139

Jérémie Van Meerbeeck

De la certitude à la confiance

Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Préface
de François Ost



Université Saint-Louis-Bruxelles, 2014
Tous droits réservés
ISBN : 978-2-8028-0217-4

REMERCIEMENTS

Toute thèse de doctorat est un parcours solitaire, mais cela ne signifie pas qu'il puisse être mené à bien sans aide extérieure. La présente étude n'échappe pas à la règle. Mes premiers remerciements vont évidemment au professeur François Ost, sans qui la thèse, dont cet ouvrage constitue une version légèrement remaniée, n'aurait jamais vu le jour. Sur le plan intellectuel, il est à peine besoin d'évoquer l'inépuisable source d'inspiration qu'il a représenté depuis mes études de droit jusqu'à ce jour, comme en témoignent les innombrables références à ses écrits qui jalonnent mon travail. Sur un plan plus concret, il me faut souligner avec reconnaissance l'énorme soutien qu'il m'a apporté, que ce soit au niveau logistique, psychologique ou matériel, accompagné d'une confiance sans faille.

Ayant tous trois proposé, certes dans des mesures différentes, des réflexions pénétrantes sur la question de la sécurité juridique, les autres membres de mon comité d'encadrement, les professeurs Patricia Popelier, Sébastien Van Drooghenbroeck et François Tulkens ont apporté à ma recherche une plus-value considérable. Relecteurs attentifs et intransigeants des différents projets qui leur ont été soumis, ils m'ont permis d'interroger les présupposés de ma pensée et d'en nuancer ou d'en approfondir les conclusions. Je tiens à les remercier chaleureusement.

Un mot encore pour les relecteurs de l'ombre qui ont participé à l'amélioration du résultat final du texte. Il s'agit de mes parents, de mon frère Jonathan et de Sophie qui ont accepté de se plonger dans un sujet qu'ils ne connaissaient pas et de se consacrer à la traque minutieuse des problèmes de forme ou de fond que l'auteur n'était plus capable de déceler.

La gratitude envers les personnes qui ont contribué à l'impossible quête de clarté et de précision absolues du texte n'implique évidemment

pas qu'il puisse leur être reproché les erreurs, de fond ou de forme, qui pourraient encore subsister et dont j'assume l'entière responsabilité.

A Madame l'avocat général Eleanor Sharpston et au professeur Alain Papaux qui, en dépit d'agendas bien remplis, ont accepté la lourde tâche de faire partie du jury de thèse et de se déplacer à Bruxelles pour la défense, je voudrais également adresser mes remerciements sincères. Les lignes qui suivent révèlent qu'ils ont, chacun à leur manière, joué un rôle dans mes réflexions.

Reconnaissons que le caractère aride de tout parcours doctoral peut se trouver considérablement allégé par le contexte dans lequel il s'effectue. L'amitié et le soutien de nombreux collègues de l'Université Saint-Louis m'ont confirmé chaque jour le privilège que j'avais de pouvoir travailler à leurs côtés. Je ne les citerai pas afin de n'oublier personne mais je ne doute pas qu'ils se reconnaîtront. Qu'ils en soient vivement remerciés.

Denique, ou plutôt *last but not least*, je voudrais remercier ma femme, Eadaoin, pour son immense contribution à l'aboutissement de cette thèse. Confidente privilégiée de mes intuitions, relectrice attentive et critique de plusieurs chapitres, elle m'a également offert les conditions de possibilité, psychologiques et logistiques, de la finalisation du texte dans la tempête des derniers mois. Quant à la cause du chaos, qui a pris de vitesse la gestation et l'accouchement doctoraux, elle m'a offert de précieux moments de rupture complète avec l'obsession tentaculaire de la fin du doctorat.

J.V.M.

PRÉFACE

Il est certaines thèses qui, par leur ampleur et leur profondeur, s'apparentent à des ouvrages de maturité. La thèse de M. Jérémie Van Meerbeeck est de celles-là.

La thèse ? Sans doute serait-il plus exact de mettre le terme au pluriel – les thèses –, car ce sont non moins de trois ouvrages, trois ouvrages aboutis, qui sont ici réunis. Le premier fait le point sur la portée exacte du principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et dans la doctrine qui la commente, sans rien dissimuler de ses confusions, contradictions et virtualités.

Le deuxième présente, au terme d'une fascinante archéologie des idées, la genèse du principe dans l'histoire de la pensée politique et juridique de l'Occident, bien en amont de son origine présumée dans l'État de droit du XIX^e siècle, jusque dans ses lointaines racines grecques et romaines.

Le troisième ouvrage, quant à lui, relève de la théorie générale du droit, ici appliquée à l'acte de juger, et s'emploie à démêler les fils embrouillés de cette notion, aussi prometteuse que confuse, de sécurité juridique, pour la dégager des fausses promesses qui en brouillent l'image et lui faire sortir les effets, plus modestes mais plus fiables, qu'on est en droit d'en attendre.

Une profonde unité d'inspiration préside à l'enchaînement de ces trois ouvrages ; de l'un à l'autre, la progression est naturelle et l'approfondissement progressif. Je note, au passage, ce signe de l'écriture aboutie, qui est aussi un cadeau pour le lecteur : chaque paragraphe est à la fois original, apporte son complément d'informations, tout en restant strictement subordonné à la démonstration d'une thèse dont le fil ne se perd jamais. Qualité rare des livres réussis : l'isomorphie des parties et du

tout, et aussi le fait que, tout en y apprenant quelque chose de neuf à chaque page, on ne s'y perde jamais.

Ce livre – j'en parle maintenant au singulier – bénéficie d'une triple expérience : celle du juriste, spécialiste du droit européen, celle du philosophe du droit, initié à l'histoire des idées, mais aussi celle du praticien magistrat, frotté à la complexité des affaires humaines.

Le juriste prend à bras le corps une jurisprudence foisonnante – non moins de mille décisions citées en bibliographie – il dépasse la question technique qui fait chaque fois l'objet d'un contentieux particulier, et dégage l'enjeu théorique qui s'y fait valoir. Tâche malaisée s'il en est, dès lors que le principe de sécurité juridique se dérobe, au-delà de la fière rhétorique dont il se revendique, derrière ses vrais et faux amis (confiance légitime, légalité, respect des droits acquis, non rétroactivité...), qu'il s'avère quelque fois opératoire dans des espèces où il n'est pas invoqué, alors qu'à l'inverse il détermine finalement rarement la solution des litiges où il est invoqué – qu'enfin et surtout, il semble souvent se retourner contre le justiciable qui l'invoque. Le juriste honnête est mis au rouet : en fait de sécurité, ce sont des contradictions et des confusions qu'il recueille ; plus troublant encore : ce sont des paradoxes auxquels il se heurte. Se pourrait-il que le droit, censé être le garant de la sécurité, devienne lui-même source d'insécurité ?

Armé de cette bonne question – ce sont les bonnes questions qui font les bonnes thèses –, le juriste cède alors le relais au philosophe du droit. Et d'abord au philosophe tout court qui met ses pas dans ceux d'Alain Badiou, cité en exergue : « C'est une lourde tâche, pour le philosophe, d'arracher les noms à ce qui en prostitue l'usage ». Voilà la feuille de route : identifier la notion à la fois la plus floue et la plus fondamentale de la pratique juridique : la sécurité juridique. A la fois idolâtrée, travestie, et souvent introuvable, quel est donc son visage ? Il faudra au philosophe faire preuve d'intrépidité pour affronter ce Minotaure, et se lancer dans une fantastique remontée aux sources, jusqu'aux plus profondes de nos racines, pour y déceler toutes les composantes du paradoxe. Tous ces désirs et fantasmes mélangés, attentes légitimes et prétentions outrées, qui se bousculent sous la revendication de la sécurité : prétention du Prince à voir respectée une loi que nul n'est censé ignorer, désir du sujet d'être sujet d'un droit connu, stable et fiable, revendication de chacun de comprendre son environnement et de maîtriser son avenir. Dire comment, et dans quel contexte, ces différentes composantes de la sécurité sont apparues, se

sont renforcées et déforcées, tantôt ouvertement, tantôt obscurément, dire les figures multiples que produisent leurs combinaisons, et ainsi progressivement tisser le fil d'Ariane de ce labyrinthe : la tension entre une logique politique et une logique fiduciaire, l'oscillation entre un fondement rationaliste (logique « cartésienne ») et un fondement fiduciaire (la confiance mutuelle), voilà l'acquis de ce long parcours.

Mais il est temps de revenir au droit positif, et c'est un troisième personnage qui prend le relais : le magistrat rompu à la complexité des dossiers autant qu'à la finitude de l'humain. Fort des connaissances techniques du spécialiste, et enrichi de la prise de distance du philosophe, l'auteur magistrat déploie alors les qualités propres à son office : des qualités d'écoute, de modération, de mise en balance et de prudence qui n'excluent nullement la détermination dans la recherche du plus vraisemblable, ni l'obstination dans la production du plus raisonnable. Voilà que le vocabulaire se transforme : le vraisemblable en guise de vérité, le raisonnable en lieu et place de la raison – peut-être aussi l'équitable pour viser le moins injuste. Tous ces termes en « able » pour viser une potentialité, un espoir ou une marque de confiance, lorsque se sont dissipées les ruineuses illusions, et que pourtant le désespoir (le scepticisme universitaire et l'indifférence mondaine en sont des variétés) n'est pas permis. Il y a quelque chose du Taciturne dans l'*ethos* du magistrat : « Inutile d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer ». Je transpose : ce n'est pas parce que nous devons faire notre deuil de la certitude, dans la « société du risque » qu'il faut abandonner toute prétention à donner effet à la confiance échangée, aux attentes suscitées et aux engagements pris. A l'inverse : ces engagements ne signifient pas repli crispé sur les droits acquis, retranchement derrière la lettre des textes, ni refus par principe du changement. Fort de cette sagesse pratique, le magistrat sera non seulement le « gardien des promesses » dont parle Antoine Garapon, mais aussi le « gardien des attentes et même des déceptions ». A côté du législateur qui institue la durée, il est le recours qui assume l'instant présent – la sécurité juridique est le compromis incessant entre les glorieuses projections de l'un et les improbables surprises de l'autre.

Je reviens à l'ouvrage préfacé, sa forme, sa méthode, et le fond du propos.

La forme : une écriture rigoureuse, maîtrisée, dense, parfois inspirée. Un plan clair, garant de la « sécurité » du lecteur, jamais abandonné en

chemin. Une documentation proprement ahurissante, qui va bien au-delà des exigences d'une thèse standard. Une bibliographie diversifiée et toujours très maîtrisée, le meilleur de chaque référence étant chaque fois proposé. Je note en particulier un usage intensif de la bibliographie en langue anglaise, fruit de séjours prolongés en Irlande. Je note également une curiosité tous azimuts qui donne parfois au texte une allure de travail d'humaniste de la Renaissance, tant les sources d'inspiration sont variées. Il y a un côté Pic de la Mirandole dans certaines de ces pages (le bozon de Higgs croise l'analyse des pratiques magiques, et Lucrèce ou Spinoza dialoguent avec la Cour de justice) – il y a là une volonté de tout embrasser qui, traduit, outre une curiosité intellectuelle insatiable qui enchante le lecteur, un désir (ou une angoisse ?) de ne pas juger sans avoir tout entendu – le magistrat encore.

La méthode : clairement présentée et assumée tout au long du cheminement, elle parcourt l'entièreté de l'arc herméneutique et honore à merveille la manière de procéder de l'École de théorie du droit de l'Université Saint-Louis dont elle est issue.

De la première étape, descriptive d'une pratique, jusqu'à la dernière, qui s'autorise à formuler des recommandations à la Cour, en passant par le relevé critique des apories de sa jurisprudence et la formulation d'explications dans l'histoire des idées, c'est bien la dialectique des points de vue interne et externe qui est patiemment mise en œuvre. Point de vue interne qui suit au plus près le raisonnement de la Cour et les élaborations doctrinales, point de vue externe qui parcourt vingt siècles de théorie des idées, et enfin, bien entendu, point de vue externe modéré, qui revient à l'objet interne de départ, pour l'éclairer, mais comme de l'intérieur encore, des explications puisées dans la prise en considération du social – concepts aussi bien que valeurs et intérêts.

Sans doute, ce travail, aussi riche soit-il, n'épuise pas le sujet, et d'autres éléments du contexte auraient-ils pu être mis en lumière – je pense plus particulièrement à des considérations pragmatiques relatives aux données socio-économiques de telle ou telle affaire particulière. L'auteur s'est gardé d'entrer dans ces considérations en dépit de quelques sollicitations en ce sens, sans doute pour éviter la dispersion, préférant s'en tenir aux contraintes juridico-politiques tenant à l'évolution de la construction européenne au cours du dernier demi-siècle ainsi qu'aux jeux de rôles qui se sont établis entre les principaux acteurs européens. L'auteur a cherché aussi à ne pas sacrifier son objet propre – la mise en lumière des limites et des virtualités d'un principe – derrière

la trop facile pragmatique des intérêts, même si nul n'est en droit de sous-estimer leur importance et que d'autres travaux pourraient utilement aborder le sujet sous cet angle.

Cela m'amène à aborder, après la forme et la méthode, le fond du propos.

Au fil des pages, en partant d'une modeste analyse nominaliste du discours de la Cour pour aboutir à des propositions personnelles normatives instruites autant de la réalité de sa pratique (au-delà de son discours) ainsi que de toutes les théories qui se bousculent pour en expliquer les développements, c'est un vocabulaire personnel qui se forge, un champ d'étude qui se structure, et des hypothèses qui se risquent. Dualité des bénéficiaires de la sécurité : le Prince et les sujets, « logique politique » et « logique subjective », dit l'auteur ; dualité des fondements : certitude du côté de ce que l'auteur appelle une « logique cartésienne », et confiance, du côté de la « logique fiduciaire ». Un tableau à double entrée s'en dégage, qui associe généralement deux par deux, ces coordonnées : d'une part, les autorités et les certitudes cartésiennes, avec la prétention à se prévaloir d'un droit certain : clair, précis, stable, et donc obéi et effectif ; d'autre part, les sujets de droit demandeurs d'un droit fiable, sinon intangible, du moins raisonnablement prévisible pour des acteurs à la rationalité limitée, qui sont en droit de se fier aux apparences mises en place par les autorités elles-mêmes.

Avec ces premières hypothèses explicatives du brouillage terminologique, de l'écart entre théorie et pratique, ainsi que des paradoxes de la mise en œuvre du principe (ainsi lorsque le rappel de ses hautes exigences finit par se retourner contre l'infortuné plaideur qui s'en prévaut), c'est aussi une thèse personnelle qui se dégage : à l'opposé du fanfaron juge Hercule de Dworkin, l'auteur invite le lecteur à se garder de ce qu'il appelle le « mirage de la certitude » pour mieux chercher l'« oasis de la confiance ». Ce choix n'est autre que l'option pour une conception contre une autre du droit tout entier : pour utiliser cette fois le langage de Alain Supiot c'est le droit comme « arbitrage » plutôt que comme « arpentage ». L'arbitrage qui utilise la balance et s'accommode du poids variable, à renégocier dans chaque cas, des intérêts en présence ; l'arpentage qui se sert de règles fixes, la *norma* ou équerre aux angles droits, et que déçoit toujours la torsion du réel.

Ce choix liminaire débouche sur trois acquis fondamentaux de la thèse : une « conception fiduciaire de la sécurité juridique », elle-même autorisée d'une « représentation événementielle du procès », et fondée sur une « théorie interactionnelle du droit ». Chacun de ces piliers de la démonstration n'est érigé – faut-il le préciser ? – qu'au prix de discussions approfondies des principaux auteurs et des principales théories qui comptent en la matière – à cet égard la troisième partie de la thèse se lit aussi comme une présentation dialoguée et critique des théories du droit de ce dernier siècle, l'épineuse question de la sécurité juridique fonctionnant de ce point de vue comme une pierre de touche très révélatrice de leurs potentialités respectives.

Fruit d'une observation attentive de la pratique et d'un dialogue soutenu avec la pensée juridique, cette thèse s'affine progressivement et s'enrichit de nuances importantes. J'en citerai trois.

Tout d'abord, si l'auteur ne fait pas mystère de son option en faveur d'une sécurité juridique opérant au service du justiciable plus que des autorités, il ne sous-estime pas les dérives auxquelles conduirait une conception hyper-individualiste du sujet souverain porté à absolutiser ses droits. Jérémie van Meerbeeck évoque brièvement à cet égard le thème d'une sécurité juridique mise au service de la prévisibilité économique radicalisée dans le cadre du « divin marché ». En contrepoint et antidote, il prend bien soin de noter les obligations de bonne foi et de diligence qui pèsent sur le sujet de droit en vue d'assurer sa propre sécurité juridique.

Ensuite, l'auteur procède à une judicieuse mise en tension dialectique des deux pôles distingués : sécurité subjective et sécurité objective pourraient en effet présenter plus de rapports qu'on ne le pensait, dès lors que, dans l'Union européenne, les États sont à la fois autorités dans l'ordre interne et sujets dans l'ordre européen, et que, en démocratie, de façon plus générale, les destinataires de la règle sont aussi censés en être les auteurs.

Enfin, ces réserves et ces tensions dialectiques conduisent à dégager deux faces de la sécurité subjective : celle du plaideur individuel cherchant à maximiser ses intérêts dans tel dossier, et celle des justiciables en général intéressés par l'issue de ces procès en raison de l'effet de précédent qui s'attache généralement à leur solution. Par où se laisse

entrevoir un nouveau rapport dialectique entre cet aspect « collectif » de la sécurité subjective et le versant « politique » de la dite sécurité.

Nous touchons ainsi la fine pointe des arbitrages que le juge est amené à réaliser sous couvert de garantie de la sécurité juridique, loin des arpentages faciles que permettrait l'application mécanique d'une norme donnée a priori. Tout un arsenal méthodologique est testé en vue de réaliser ces arbitrages, lorsque l'équerre (*norma*) s'avère insuffisante ou en défaut : l'équité, le recours aux principes généraux, la balance des intérêts, la concordance pratique (objet de la douzième proposition, avec notamment des applications au droit transitoire), et enfin, la « pensée par cas ».

Une « pensée par cas » à laquelle l'auteur consacre quelques-unes de ses meilleures pages et qui constitue assurément un des chantiers juridiques les plus féconds des années à venir.

François OST

Professeur à l'Université Saint-Louis
et à la faculté de droit de l'université de Genève



Introduction générale

C'est une lourde tâche, pour le philosophe,
d'arracher les noms à ce qui en prostitue l'usage.

Alain BADIOU

1. — « L'insécurité juridique, c'est la règle qui se dérobe », écrivait Nicolas Molfessis dans le rapport du Conseil d'État français de 2006 consacré à la sécurité juridique¹. Or, n'attend-on pas précisément du droit que ses règles opposent à la réalité factuelle leur intransigeance normative ? « *Dura lex sed lex* » assènent même ceux qui ignorent le latin, d'un ton inflexible lorsqu'ils l'appliquent et fataliste lorsqu'ils la subissent. La contrepartie de sa sévérité ne doit-elle pas être la capacité de la loi à résister aux chocs (dure comme le roc) et aux effets du temps (une loi qui dure) ? « *Nemo censetur ignorare legem* » répètent même ceux qui ignorent la loi, d'un ton intransigeant lorsqu'ils l'exécutent et résigné lorsqu'ils en sont les destinataires. La compensation de cette exigence ne doit-elle pas être que la loi soit connue à l'avance et fiable ?

2. — Une règle qui se dérobe est donc une règle qui crée l'incertitude et qui suscite la méfiance. La dénonciation de l'insécurité juridique, qui fait l'objet d'un relatif consensus parmi la communauté des juristes, suscite dès lors la question de son remède ou de l'idéal à l'aune duquel sa gravité est mesurée : la sécurité juridique. En 1979, Noël Mazen relevait le peu de place de cette notion dans les manuels traditionnels² et, dix ans plus tard, Alain Hervieu confirmait que les juristes n'en parlaient guère³. Depuis,

¹ N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *E.D.C.E.*, 2006, n° 58, p. 391. Sur ce rapport, voy. E. BALATE, « Observations sur la sécurité juridique et la complexité du droit. Commentaire du rapport annuel public 2006 du Conseil d'État français », *J.T.*, 2006, p. 439-441.

² N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse, Dijon, 1979, p. 5-6.

³ Et ce, alors que « (t)ous les juristes ressentent plus ou moins profondément ce sentiment d'insécurité qui plane sur le droit » (A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *R.R.J.*, 1989, p. 258).

la situation a considérablement changé dans la doctrine francophone. Après un article pionnier publié par François Tulkens en 1990⁴, le Conseil d'État français dédiait en 1991 un premier rapport à la sécurité juridique. Ce succès, qui ne s'est plus démenti depuis⁵, s'explique sans doute par la complexification, voire la dégradation du droit dénoncée de toutes parts⁶, ou à tout le moins, ce qui n'est pas nécessairement la même chose, par la perception sociale de ces phénomènes. Cet essor n'est certainement pas non plus étranger au fait que les cours européennes de Strasbourg et Luxembourg l'ont érigé en principe général du droit « inhérent » à leur ordre juridique. Si la première référence faite par la Cour européenne des droits de l'homme n'apparaît que dans son célèbre arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, il est consacré par la Cour de justice des Communautés européennes dès 1961, dans son arrêt *S.N.U.P.A.T.*⁷. Il s'épanouira par la suite dans la jurisprudence

⁴ F. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, p. 28-42.

⁵ Dès 1993, la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège organisait un colloque sur ce thème (les actes sont repris dans un ouvrage intitulé : *La sécurité juridique*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993) et, en 1997, Patricia Popelier y consacrait sa thèse de doctorat (*Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Intersentia Rechtswetenschappen, 1997). Voy. également, outre les ouvrages repris en bibliographie, les nombreuses références citées par Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Ed. Defrénois, Paris, Doctorat & Notariat, « collection de thèses », 2009, p. 1 et 113-123 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001, p. 123 ; B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.*, n° spécial 1995, p. 151. P. Brunet constatait en 2007 que, « depuis une dizaine d'années, la sécurité juridique est devenue le thème central sinon obsessionnel des controverses juridiques et l'objet de toutes les attentions de la part des juges tant nationaux que supranationaux » (« La sécurité juridique : nouvel opium des juges », in *Droits et libertés en questions. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 247).

⁶ Voy. notamment le rapport du Conseil d'État de 2006 sur la question, spéc. p. 233-279. N. MOLFESSIS distingue, parmi les principales causes d'insécurité juridique, l'inflation normative, l'instabilité des règles et le déclin de l'art de légiférer (« Combattre l'insécurité juridique... », *op. cit.*, p. 391). Voy. également E. CEREXHE, « Le droit en crise », in *Liber Amicorum P. Delnoy*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 853-861. P. Popelier relève l'apparent paradoxe d'un principe qui devient de plus en plus important alors que ses critères d'accessibilité, de clarté et de prévision sont de moins en moins respectés (« Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 2, p. 52).

⁷ C.J.U.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jtes 42 et 49/59, *Rec.* p. 103 et 159. Dans son arrêt *Marckx*, la Cour de Strasbourg reconnaît sa dette à l'égard de la Cour de

luxembourgeoise, dans des proportions dépassant sans doute ce que les juges siégeant dans cette affaire avaient pu envisager.

3. — Malgré les limites d'une approche statistique⁸, un examen rapide des occurrences des termes « sécurité juridique » dans les arrêts de la Cour de justice et du Tribunal met en évidence la place tout à fait considérable, à tout le moins sur le plan quantitatif, qu'elle occupe dans la jurisprudence⁹. Selon notre recensement, la jurisprudence combinée de la Cour et du tribunal comptait, au 31 décembre 2012, près de 2 500 arrêts et ordonnances contenant cette expression (moyens, motifs et dispositifs confondus). A titre d'exemple, pour l'année 2012, sont concernés 162 arrêts sur 687, soit près de 25 %. Tant son statut de principe fondamental de l'ordre juridique de l'Union que les exigences de clarté et de précision qui le sous-tendent jurent cependant avec la confusion sémantique qui l'entoure et les critiques doctrinales qu'il suscite. Alors que certains auteurs n'hésitent pas à le qualifier de principe le plus complexe du droit de l'Union¹⁰, d'autres dénoncent une polysémie

justice, qualifiant le principe de la sécurité juridique de « principe nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire » (C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 58).

⁸ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 149-150. Les anciens magistrats attirent l'attention sur ce phénomène « auto-inflationniste », qui résulte de l'augmentation des moyens fondés sur le principe de sécurité juridique, parfois simplement « pour faire bonne mesure » mais contraignant le juge européen à les examiner. S'il biaise les statistiques, cet inflationnisme montre cependant la place qu'occupe l'argument de la sécurité juridique dans l'inconscient juridique collectif.

⁹ Plusieurs auteurs se sont livrés à l'exercice, révélant l'explosion du recours au principe. Voy. notamment J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum, Pierre Pescatore*, F. Capatorti, e.a. (éd.), Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 53 (il relève 64 occurrences de 1967 à 1982); L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *J.C.P. Cahier du droit de l'entreprise*, 1990, n° 48, suppl. 6, p. 34 (une cinquantaine entre 1988 et 1990); E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif. Une valeur irréductible à la norme*, Editions universitaires européennes, 2010, p. 18 (303 arrêts, moyens et dispositif confondus, entre 1998 et 2002); C. NAOMÉ, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 85 (10 % du nombre total des arrêts rendus pour l'année 1991; dans le même sens, voy. le rapport du Conseil d'État de 2006, p. 284).

¹⁰ X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groeningen, 2006, p. 190; J. TEMPLE LANG, « Legal Certainty and Legitimate

« esthétiquement douteuse¹¹ » ou « dangereuse à long terme¹² », une « nébuleuse¹³ », un principe arbitraire¹⁴, vide de contenu¹⁵ et aux contours « mal définis¹⁶ », dont l'application casuistique rend délicate la tâche d'en généraliser les enseignements¹⁷. Il est vrai que, comme le confessent deux de ses anciens magistrats, la Cour a « depuis longtemps tenu pour acquis qu'il existait un tel principe, sans toutefois se soucier précisément d'en faire la théorie¹⁸ ». Dès lors, si la nécessité de la sécurité juridique est rarement contestée¹⁹, au point de se voir accuser de tautologie²⁰, il n'en va pas de même de son statut de principe général du droit²¹.

Expectations as General Principles of Law », in *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz et J. Nergelius (éd.), Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 164.

¹¹ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 157-158.

¹² C. NAOMÉ, « La notion de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 106.

¹³ F. HUBEAU, « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1983, p. 143.

¹⁴ J. BOULOIS et R.-M. CHEVALLIER écrivent que la sécurité juridique n'est « rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité ou de sa discrétionnarité » (*Grands arrêts de la cour de justice des Communautés européennes*, t. 1, 5^e éd., Dalloz, Paris, 1991, p. 82).

¹⁵ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 120 et les réf. citées ; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 208.

¹⁶ L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 34.

¹⁷ V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, thèse, 2004, p. 563.

¹⁸ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 157. Dans le même sens, voy. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 985-986.

¹⁹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 120. A. GARAPON évoque le « sacro-saint principe de la sécurité juridique » (*Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 146).

²⁰ J. BOULOIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 53 (« La formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible ? »).

²¹ En droit national, voy. notamment E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse, Paris, 2003, p. 4 ; P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, S. Gilson (dir.), Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 18. Selon ce dernier, « on ne portera pas remède à l'insécurité d'un "droit à l'état gazeux" en lui inoculant

4. — Nous nous proposons, pour paraphraser Alain Badiou, d'assumer cette « lourde tâche » du philosophe du droit d'arracher la sécurité juridique « à ce qui en prostitue l'usage », et de tenter d'appréhender cette « expression fuyante²² », qui se dérobe au moins autant que la règle qui souffre de son absence. Tout en étant conscient que le contentieux est infiniment plus petit que le droit²³, le matériau de notre recherche sera limité à la jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de l'Union européenne²⁴. Consacré dès les premières années de l'existence de la Cour, le principe de sécurité juridique s'est enrichi – ou appauvri selon le point de vue – au fur et à mesure des nouvelles affaires portées à Luxembourg. Certes présent dans les préoccupations des autres institutions²⁵, il est avant tout un produit juridictionnel et gagne, à ce titre, à être étudié dans son milieu de prédilection²⁶. Comme le relevait l'avocat général Jacobs, le rôle des principes généraux ne peut être évalué de façon abstraite mais seulement en se référant aux résultats obtenus dans des cas concrets²⁷.

5. — Le choix de la jurisprudence *de la Cour de justice de l'Union* s'impose dès lors que, on l'a vu, le principe de sécurité juridique y occupe une place de premier plan, à tout le moins sur le plan formel et quantitatif. Il se justifie également par l'importance des problèmes et des

l'incertitude d'un principe à l'état volatil » (« La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 265).

²² S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 111.

²³ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p. 26.

²⁴ La Cour de justice de l'Union européenne comprend trois juridictions : la Cour de justice, le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique. Cette terminologie sera respectée dans la suite de notre étude.

²⁵ Sur la question, voy. notamment E. VAN DEN ABEELE, *L'agenda Mieux légiférer de l'Union européenne*, Courrier hebdomadaire du CRISP n° 2028-2029, 2009. L'expression ne se trouve cependant ni dans les traités, ni dans les protocoles, ni dans la Charte des droits fondamentaux.

²⁶ Sur les raisons de privilégier l'usage qu'en font les organes juridictionnels pour retenir le sens du mot « droit », voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 300 et s. Selon P. Popelier, « het rechtszekerheidsdebat speelt zich dan ook in de eerste plaats af op het terrein van de rechtspraak » (*Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 139).

²⁷ F. JACOBS, « foreword », in T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, O.U.P., 1999, p. x. Nous aurons l'occasion de revenir sur le mode opératoire des principes généraux.

questions qu'elle pose, qui peut s'expliquer à la fois par la richesse et la complexité du patrimoine juridique dont elle a hérité, au carrefour de plusieurs traditions nationales, et par la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Celle-ci tient notamment à la double quête de légitimité et d'effectivité qui anime ses juridictions et qui permet d'expliquer pourquoi les tensions internes au principe de sécurité juridique sont davantage présentes au niveau européen qu'au niveau national, sans être nécessairement plus visibles. En outre, la reconnaissance précoce du principe par la Cour de justice a eu pour conséquence qu'ils se sont développés ensemble, ouvrant la voie à des interactions inédites dans le droit des États membres. Dès lors que cette construction progressive du principe ne paraît pas avoir répondu à une stratégie prédéfinie ni avoir été limitée à une branche du droit particulière, notre étude se voudra transversale afin d'exposer des considérations susceptibles d'être pertinentes pour l'ensemble du droit de l'Union européenne, voire au-delà²⁸.

6. — Si l'objet de notre recherche est circonscrit à la jurisprudence des juridictions de l'Union, les instruments mobilisés afin d'en comprendre et d'en analyser les mécanismes ne s'y limitent pas. Nous prenons au sérieux la suggestion de Benoît Frydman qui, à la suite de Benjamin Cardozo, invite la théorie du droit à « exhumers les prémisses philosophiques occultes qui orientent de manière inconsciente la pratique du droit afin d'en apprécier la pertinence et, si nécessaire, les remettre en cause²⁹ ». Or, une des convictions qui gît au fondement de cette étude – et qu'elle entend confirmer – est que la plupart des confusions et contradictions jurisprudentielles peuvent s'expliquer par la façon dont l'histoire des idées a façonné la culture juridique européenne relative au principe de sécurité juridique³⁰. L'objectif de notre étude n'est donc pas

²⁸ Nous n'étudierons pas la jurisprudence, trop spécifique, du tribunal de la fonction publique, même si ce contentieux sera abordé ponctuellement, lorsqu'il fait l'objet de décisions de la Cour et du tribunal.

²⁹ B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 671.

³⁰ *Contra*, voy. J. TEMPLE LANG, « Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 181. Selon lui, le principe européen de sécurité juridique est devenu un principe largement indépendant et son origine n'influence pas son développement. Comme le relève S. CALMES, si tous les États membres ne connaissent pas le principe comme tel, « ils tendent tous à préserver plus ou moins cette sécurité, par le biais de techniques qui expriment en partie le même souci » (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 112). Pour une analyse de droit comparé des principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans le droit des États membres,

d'établir une liste de conseils légistiques à l'attention des institutions européennes chargées de la rédaction des textes normatifs, mais de mettre au jour les logiques sous-jacentes à ce principe et de suggérer quelques pistes afin d'améliorer son utilisation jurisprudentielle et la motivation qui l'accompagne.

7. — Il convient d'emblée de préciser le statut scientifique de notre positionnement épistémologique à l'aide de la classification proposée par François Ost et Michel van de Kerchove. Affinant la distinction de Herbert L.A. Hart entre point de vue interne et externe relatifs au droit, les théoriciens du droit proposent de différencier selon la position, plus ou moins proche, adoptée par rapport à l'« internalité » juridique, qu'ils définissent comme étant le « noyau dur du discours et de la rationalité juridiques, ensemble de pratiques discursives reflétant des valeurs, au plan axiologique, et des rationalisations "semi-savantes", au plan théorique³¹ ». Le point de vue interne tend à la reproduction du discours tenu par les institutions, que ce soit sous la forme d'analyses rationalisantes du donné ou de jugements pratiques d'adhésion. Le point de vue externe, au contraire, opère une rupture avec ce donné, qui peut être soit de type épistémologique et produire un discours explicatif (point de vue externe théorique), soit de type axiologique et engendrer des évaluations critiques sur la base de choix de valeurs alternatifs (point de vue externe pratique). Selon qu'il accepte ou non de rendre compte du point de vue interne des sujets de droit, le point de vue externe pourra être qualifié de modéré (ou averti) ou bien de radicalement externe. L'auteur de doctrine, s'il se contente d'étudier systématiquement un ordre juridique particulier, adopte « un point de vue externe descriptif rendant compte du point de vue interne des sujets de droit » alors que, s'il prend position sur la solution à appliquer à tel problème tout en adhérant au système dans son entier, il est possible de qualifier sa démarche de « point de vue interne savant³² ». Les auteurs défendent

voy. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., op. cit., p. 920-985 ; A. L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005, p. 135-248.

³¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 28.

³² *Ibidem*, p. 28-31 et 43-47. En cas de critique ponctuelle, « l'externalisation, d'ordre axiologique, ainsi opérée n'a généralement pour but que de conforter une adhésion renforcée à l'égard de l'ensemble du système » afin de « restaurer la cohérence logique, ou l'harmonie idéologique de l'ordre juridique global » (*ibid.*, p. 46).

l'idée selon laquelle la science du droit devrait adopter un « point de vue externe explicatif », modéré et interdisciplinaire, se donnant pour objectif d'expliquer les représentations internes des sujets de droit à l'aide des hypothèses construites par d'autres champs théoriques³³. L'approche interdisciplinaire promeut une recherche qui s'effectue à partir du champ théorique d'une discipline mais traite de problématiques qui sont également abordées par d'autres disciplines et qui tend vers une articulation des savoirs³⁴. La présentation succincte de notre plan permettra de préciser les points de vue adoptés et d'illustrer « la gradation insensible, et souvent même les recouvrements partiels, des divers points de vue distingués³⁵ ».

8. — Selon Jurgen Habermas, « la théorie du droit reste au premier chef une théorie de la *justice en exercice* et du *discours juridique*³⁶ ». La première partie de notre étude consistera, dans un premier chapitre, en un examen systématique du *discours* des juridictions de l'Union relatif au principe de sécurité juridique. Conscients qu'il est « téméraire de prétendre dresser une liste complète des arrêts qui, à un titre ou à un autre, s'autorisent de ce principe³⁷ », notre mission se limitera à un compte-rendu des occurrences de l'expression « sécurité juridique » présentant une certaine récurrence, n'omettant à ce stade que les utilisations tout à fait exceptionnelles, qui semblent davantage relever de l'accident de parcours³⁸. Une telle approche nominaliste ne s'imposait pas³⁹. Toute

³³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 49. Une telle démarche essaie de « restituer, derrière le discours rationalisateur des agents, la logique pratique profonde qui détermine leurs comportements, révélant du fait même l'efficace de tel ou tel postulat implicite qui reste généralement non interrogé » (*ibid.*, p. 50).

³⁴ La science interdisciplinaire ne se confond donc ni avec la multidisciplinarité (coexistence de disciplines différentes), ni avec la transdisciplinarité (construction d'une nouvelle discipline à partir des plusieurs disciplines différentes) (*ibid.*, p. 70-71).

³⁵ *Ibidem*, p. 51.

³⁶ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997, p. 217 (les italiques sont ajoutés par nos soins).

³⁷ J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice*, 5^e éd., op. cit., p. 82.

³⁸ Certaines d'entre elles seront néanmoins évoquées dans la suite de notre étude.

³⁹ Elle a, par exemple, été retenue par O. CORTEN dans sa thèse sur l'utilisation du raisonnable par le juge international (*L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, Bruxelles, 1997).

recherche qui s'attache à un concept utilisé dans un discours est amenée à choisir entre une démarche de ce type et une approche qui part d'un concept prédéfini par le chercheur. La première tend davantage à l'objectivité mais risque de pécher par son excessive rigidité, alors que la seconde échappe à cet écueil mais se voit menacée par celui de la dérive procrustéenne, qui taille sur mesure les décisions étudiées afin de correspondre à la définition adoptée au préalable⁴⁰. Une troisième voie est cependant possible, qui consiste à privilégier une « perspective nominaliste, inaugurate mais non clôturante de la définition⁴¹ ». Il s'agit, en d'autres termes, de prendre un point de départ nominaliste et, à partir du signifiant identifié dans certains arrêts, de construire un signifié qui pourra à son tour être mobilisé dans l'analyse d'autres décisions. Une telle méthode permet de prendre au sérieux le discours d'un juge sur un concept, tout en autorisant un retour critique sur celui-ci⁴². En revanche, restreindre notre recherche aux termes « principe de sécurité juridique » aurait constitué une limitation peu heureuse de sa portée, dès lors que la sécurité juridique est invoquée, de façon parfaitement aléatoire, sans le terme de principe⁴³, comme « règle de droit à respecter dans l'application du traité⁴⁴ », comme « principe fondamental⁴⁵ », ou simplement comme « droit⁴⁶ ».

9. — Dans le premier chapitre de notre première partie, nous adopterons donc un point de vue externe descriptif, tentant de rendre compte du point de vue interne des juridictions de l'Union sur le principe de sécurité

⁴⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 29. Il faut toutefois préciser que la subjectivité referra inévitablement surface dans la présentation du chercheur nominaliste et que le chercheur conceptuel n'est jamais à l'abri d'une excessive rigidité.

⁴¹ *Ibidem*, p. 30. L'auteur la qualifie d'« herméneutique critique ».

⁴² On le verra dans la conclusion de notre première partie, cette option est d'autant moins problématique dans notre cas d'espèce que les significations attachées par les juridictions de l'Union au principe de sécurité juridique correspondent largement à celles retenues par la doctrine sur le plan national ou international.

⁴³ C.J.U.E., 10 février 2000, *Fitzwilliam Technical Services*, C-202/97, pt 54.

⁴⁴ C.J.U.E., 6 avril 1962, *Bosch e.a.*, aff. 13/61, *Rec.* p. 89.

⁴⁵ C.J.U.E., 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043.

⁴⁶ T.U.E., 27 octobre 1994, *Fiatagri*, T-34/92, pt 39. Un ancien juge impute ce phénomène au fait que le français est la langue de la Cour et qu'il exige non seulement de la précision mais aussi du style et donc peu de répétitions (L. SEVON, « General principles of Community Law – Concluding Remarks », in *General Principles of European Community Law*, *op. cit.*, p. 220-221). Sur les qualificatifs de la sécurité

juridique, même si l'harmonie de la présentation pourra présenter un air de point de vue interne. Ce principe, tel qu'il résulte du discours juridictionnel, intervient à tous les stades de l'existence d'un acte juridique de l'Union et semble offrir des perspectives particulièrement intéressantes pour les sujets de droit. Le second chapitre confrontera le *discours* à la *justice en exercice*, et mettra en lumière, d'une part, le fossé qui sépare la générosité du premier et la rigueur de la seconde en termes de protection des sujets de droit et, d'autre part, la confusion qui règne dans la jurisprudence européenne lorsqu'il s'agit de concrétiser le principe. En partant des représentations internes de ces juridictions pour mettre en évidence certains problèmes ponctuels au sein du système juridique, ce chapitre présentera un point de vue interne « savant » tout en laissant augurer une rupture épistémologique, voire axiologique propre au point de vue externe.

10. — Le lecteur l'aura compris, on ne lui rendra pas le – mauvais ? – service de lui proposer d'emblée une définition du principe de sécurité juridique. Comme l'écrit Henri Bergson, « Il est inutile et il serait d'ailleurs le plus souvent impossible (pour le philosophe) de commencer par définir – comme certains le lui demandent – la nouvelle signification qu'il attribuera à un terme usuel, car toute son étude, tous les développements qu'il va nous présenter auront pour objet d'analyser ou de reconstituer avec exactitude et précision la chose que ce terme désigne vaguement aux yeux du sens commun ; et la définition, en pareille matière, ne peut être que cette analyse ou cette synthèse ; elle ne tiendrait pas dans une formule simple⁴⁷. » Dans la lignée des sceptiques grecs, qui refusent toute définition car « nous sommes capables d'appréhender toutes les choses sans recourir aux définitions », nous proposons de suspendre, à ce stade, notre jugement⁴⁸. A la différence

juridique (concept, valeur, exigence, impératif, ou principe), voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁷ H. BERGSON, « Comment doivent écrire les philosophes », in *Philosophie*, n° 54, Ed. de Minuit, juin 1997, p. 7. Il conclut : « Parti d'un sens qu'il n'a pas besoin de définir parce que c'est celui que tout le monde connaît, le philosophe aboutit à un sens qu'il a parfaitement défini, s'il est maître de sa pensée : son exposé est cette définition même. »

⁴⁸ SEXTUS EMPIRICUS, *Hypotyposes*, I, 207, in J.-P. DUMONT, *Les sceptiques grecs*, textes choisis, PUF, Paris, 1966, p. 44 et 113. Ce que les sceptiques, mais également Carnéade, appellent « *épochè* » et qui signifie « que le sujet est incapable de dire à quelle chose il convient d'accorder ou au contraire de refuser créance ».

de ceux-ci, cependant, nous n'occuperons cette posture que dans un premier temps.

11. — Dans une deuxième partie, nous remonterons le temps bien au-delà de l'émergence de l'État de droit, dont est traditionnellement dérivé le principe de sécurité juridique, afin de tenter d'identifier les premières traces du principe et l'évolution de ses exigences. Dans le prolongement de notre première partie, nous recourrons au signifié tel qu'il est associé par les juridictions de l'Union au signifiant de la « sécurité juridique ». Cet abandon de l'approche nominaliste, non seulement n'est pas incompatible mais est dicté par notre volonté de rester fidèle au discours jurisprudentiel. La démarche s'inscrit résolument dans le « point de vue externe explicatif », modéré et interdisciplinaire, que F. Ost et M. van de Kerchove appellent de leur vœux. Il s'agira en effet de proposer une explication des problèmes posés par la jurisprudence de l'Union européenne relative au principe de sécurité juridique à partir de champs théoriques aussi divers que la science politique, la philosophie, la sociologie, l'économie ou la linguistique et à travers le prisme plus général de l'histoire des idées. Cette exploration dans les entrailles de la culture juridique occidentale révélera que le principe de sécurité juridique, tel qu'il est encore appliqué aujourd'hui par les juridictions de l'Union, est traversé par au moins quatre logiques qui se sont construites au fil du temps mais avant la consécration des notions allemande de *Rechtsstaat* et française d'*État de droit*. Parmi ces quatre logiques, deux sont relatives au *fondement* du principe (les logiques *cartésienne* et *fiduciaire*) et deux concernent ses *destinataires* (les logiques *politique* et *subjective*). Il s'agira d'étudier leurs sens respectifs mais également leur interaction.

12. — La première logique, nous l'avons qualifiée de « politique » car elle mobilise les exigences de sécurité juridique au service de l'ordre en place, le Prince, le Roi, l'Empereur ou la Cité⁴⁹. De l'Antiquité à la fin du Moyen-Âge, les exigences d'accessibilité et de stabilité du droit tendent, à quelques rares exceptions près, à assurer l'effectivité des règles édictées par le pouvoir, et non à protéger leurs destinataires.

⁴⁹ J.-M. TURLAN relève que l'étymologie du mot « principe » est le mot latin « *principium* », qui signifie commencement et dérive du mot « princeps », qui était le prince de l'époque impériale (« Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot », in *La responsabilité à travers les âges*, Économica, 1989, p. 116).

Nul n'est censé ignorer la loi et l'autorité est habilitée à sanctionner tout comportement qui en enfreindrait le prescrit.

13. — De façon intéressante, les trois autres logiques ne prennent leur envol qu'au XVII^e siècle, même s'il est possible de repérer leurs racines dès l'Antiquité. La logique *cartésienne* de la sécurité juridique résulte de l'imprégnation de la théorie juridique par la pensée scientifique de l'époque, incarnée principalement par René Descartes. En ce siècle d'apologie de la raison, prolongé et approfondi par le siècle des Lumières, il n'est aucun domaine de la pensée ni partie de la nature que l'homme ne pense pouvoir contrôler. La conviction se répand ainsi que la connaissance des causes permet de garantir la prévision de toutes les conséquences et entretient le mythe d'un progrès de la raison assurant à terme la *certitude* absolue de tous les événements à venir. En droit, ce dogme intellectuel se traduira par la notion de prévisibilité normative, étroitement associée à celle de sécurité juridique, qui postule la capacité de la norme à déterminer à l'avance son application. Cette logique cartésienne de la sécurité juridique fera preuve, en dépit de son caractère mythique, d'une résilience surprenante dès lors qu'on la retrouve dans le discours jurisprudentiel européen, qui continue à attribuer au droit des ambitions de clarté, de précision et de prévisibilité qu'il n'est en mesure d'atteindre que de façon très relative. Comme l'écrit Paul Martens, « (s)i la sécurité juridique revient timidement à la mode, c'est parce qu'elle est à la fois la valeur sacrifiée des temps postmodernes, la vertu oubliée des lois, le rêve nostalgique des sociétés vieilles⁵⁰ ».

14. — Parallèlement, les deux autres logiques se développeront également au XVII^e siècle, dans le sillage de l'essor des théories du contrat social et de la notion de droit individuel. Pour la plupart des penseurs contractualistes, et particulièrement chez Thomas Hobbes, l'état de nature est un état où règne la défiance mutuelle, ce qui incite les hommes à se réunir autour d'un pacte originaire. A partir de John Locke, se répand l'idée selon laquelle les sociétaires originels ont confié un mandat aux autorités qui sont investies du pouvoir de régir les affaires du pays, à condition que celles-ci ne gouvernent que selon des règles préalablement établies (principe de légalité) et connues à l'avance de leurs destinataires (principe de sécurité juridique). Plutôt que sur la

⁵⁰ P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 258.

certitude que peut offrir le droit, cette sécurité juridique met l'accent sur la *confiance* dont sont investis les pouvoirs en place et qu'ils ont pour mission de respecter. Elle propose donc un *fondement* alternatif à celui de la certitude qui est au cœur de sa logique cartésienne. Nous qualifions cette logique de « fiduciaire », en ce que le terme renvoie, notamment dans le vocabulaire économique, à des « valeurs fondées sur la confiance que l'on accorde à celui qui les émet⁵¹ ». Sous l'angle du bénéficiaire de la sécurité juridique, la logique fiduciaire promeut une logique *subjective*⁵² en ce qu'elle mobilise les exigences du principe en faveur des particuliers et non de l'autorité (logique politique).

15. — La logique subjective du principe, dont l'impact pratique restera longtemps tributaire de sa justiciabilité limitée devant les tribunaux, poursuivra sa progression théorique, portée par le développement des droits individuels et de l'idéal démocratique. En revanche, la logique fiduciaire, qui avait participé à son éclosion, subira les effets du discrédit jeté sur les théories du contrat social et ne réapparaîtra, timidement, qu'avec la consécration du principe de confiance légitime au XX^e siècle. Sans disparaître totalement, le paradigme de la confiance passera à l'arrière-plan, laissant l'essentiel de la scène à celui de la certitude. A partir du XIX^e siècle, le concept d'État de droit va devenir la référence intellectuelle mais, dans le contexte de la quête de leurs identités par les États-nations émergents, seule une version formelle de l'État de droit prévaudra jusqu'à la seconde guerre mondiale, articulant la logique *cartésienne* de la sécurité juridique et une logique *politique* renouvelée, dans laquelle le Prince est remplacé par l'État et son ordre juridique. Après les deux conflits planétaires, tant les États vaincus, contraints de faire profil bas, que les États vainqueurs, autoproclamés hérauts des valeurs démocratiques, sont tenus de confirmer le succès de ces dernières et, assurés de leur légitimité, auront à cœur de garantir la protection des droits individuels. Si la logique *subjective* de la sécurité juridique semble ainsi avoir repris l'avantage dans les ordres juridiques nationaux, il n'en va pas de même de l'ordre juridique européen, dans

⁵¹ Le terme vient du latin « *fiducia* », qui signifie « confiance » (*Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), Le Robert, Paris, 2006).

⁵² Lorsqu'on évoque par la suite la dimension ou la logique « subjective » de la sécurité juridique, sans autre précision, on se réfère au sens de ce « qui appartient à un sujet » (voy. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2002, v^o subjectif).

lequel le conflit des logiques subjective et politique éclaire plusieurs contradictions jurisprudentielles. La logique *cartésienne* domine le discours jurisprudentiel alors que, à l'exception du principe de confiance légitime, son pendant *fiduciaire* agit davantage dans la discrétion de la pratique, et doit être décelé entre les lignes des arrêts européens.

16. — Dans une troisième et dernière partie, nous proposerons de débarrasser définitivement la sécurité juridique de sa logique *cartésienne* et de plaider pour une remise à l'honneur de sa logique *fiduciaire*. La première proposition est dictée par la nature du droit, qui échappe à toute réduction mécaniste. Elle n'est pas neuve d'un point de vue doctrinal mais elle se justifie en raison des spécificités du droit européen et, surtout, du maintien de ce mythe dans le discours jurisprudentiel. Il ne s'agit pas de dénoncer, comme le fait généralement la doctrine, l'insécurité juridique du droit de l'Union mais de remettre en cause la définition cartésienne de la sécurité juridique qui, en idéalisant la capacité prédéterminante du droit, prend constamment en défaut le droit. La barre de la prévisibilité juridique étant mise trop haut, les juges européens sont confrontés au dilemme suivant : soit ils décident que la perche juridique (le droit de l'Union) est trop courte, soit ils constatent que le sauteur (le justiciable) ne fait pas ce qu'il faut pour passer l'obstacle. Sauf à conclure que l'intégralité du droit de l'Union est insuffisamment clair, précis et prévisible, les juges sont contraints de considérer que les sujets de droit n'ont pas fait preuve de la diligence requise pour comprendre les règles applicables et planifier leurs comportements en conséquence. Il en résulte que des solutions adoptées le plus souvent dans l'intérêt de l'Union européenne sont justifiées par l'imprudence ou la négligence des sujets de droit. Une telle situation nous paraît incompatible avec la légitimité à laquelle prétend l'ordre juridique européen.

17. — La seconde proposition tend à réinscrire la question de la sécurité juridique dans une conception *interactionnelle* du droit inspirée de la théorie lockéenne du contrat social et développée sur la base des écrits de Lon Fuller et Niklas Luhmann. A la *certitude* du droit promise par Leibniz, nous préférons promouvoir l'institution de la *confiance* comme fondement de la sécurité juridique, qui nous paraît plus solide en raison précisément de sa flexibilité. La logique *fiduciaire* nous semble ainsi plus à même de rencontrer la demande sociale croissante de sécurité

juridique⁵³. Par conséquent, nous plaçons pour que l'argument de la sécurité juridique ne puisse servir que – ou à tout le moins en priorité – les destinataires primaires des normes, leurs auteurs et les autorités chargées de leur application disposant d'autres instruments afin de faire avancer leurs intérêts et celui de l'Union européenne. Ce plaider en faveur de la logique *subjective* de la sécurité juridique contre sa logique *politique* ne signifie pas asservir les intérêts particuliers à l'intérêt général. Les juges doivent conserver la capacité de procéder à des balances d'intérêts dans les cas qui le requièrent mais il convient qu'ils justifient explicitement la prévalence de l'intérêt général ou de l'Union, qui ne se présume pas, par d'autres motifs que celui de la sécurité juridique. Tant la configuration démocratique que la spécificité de la structure institutionnelle de l'Union nous amèneront cependant à dialectiser cette distinction entre ces deux logiques. Nous proposerons enfin une ébauche de « contrat social européen » du point de vue de la sécurité juridique et formulerons, à l'attention des juridictions de l'Union et de façon plus précise, douze suggestions relatives à certains des problèmes identifiés dans notre première partie.

18. — Sur le plan méthodologique, le registre interdisciplinaire sera également mobilisé dans notre troisième partie à des fins, non plus explicatives mais prescriptives. Ce faisant, nous quitterons le point de vue externe explicatif pour osciller entre un point de vue interne savant, lorsque prévaudra *l'adhésion* au système dans son ensemble, et un point de vue externe pratique, lorsque les suggestions proposées privilégieront la *rupture* par rapport au donné jurisprudentiel. Il va de soi que, dans cette optique, l'approche nominaliste retenue dans le premier chapitre de notre première partie sera définitivement abandonnée.

19. — En résumé, trois idées-force parcourent notre ouvrage. La première, de type historique, consiste à affirmer que les problèmes actuels de la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe de sécurité juridique s'éclairent à l'aune de logiques qui se sont développées avant l'émergence de l'État de droit. La deuxième propose de remplacer la certitude par la confiance comme fondement de la sécurité juridique et la troisième, qui lui est étroitement associée,

⁵³ Comme l'observe B. PACTEAU, « cette émergence de la sécurité juridique répond à un besoin social de plus en plus ressenti et de moins en moins assouvi de confiance dans le droit [...] » (« La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 152).

plaide pour la mobilisation de l'argument de sécurité juridique par priorité en faveur des sujets de droit plutôt qu'au service des autorités.

Première partie

LA JURISPRUDENCE ENTRE PROFUSION ET CONFUSION

La règle de droit qui a pour fonction de tendre à corriger ce que l'homme ressent comme ses insuffisances a pour logique même de poursuivre l'harmonisation politique entreprise jusqu'à l'absolu. Mais l'organisation progressive aboutit peut-être à la désorganisation et la recherche éperdue de la sécurité à l'insécurité.

J.-P. HENRY

20. — Peu de principes généraux du droit de l'Union européenne ont fait l'objet d'une jurisprudence aussi importante que celle relative au principe de sécurité juridique. Celui-ci est en effet repris dans plusieurs milliers de décisions de la Cour de justice et du tribunal de l'Union européenne⁵⁴. Il est employé seul ou en combinaison avec d'autres règles, principes ou exigences qui sont considérés comme ses corollaires⁵⁵, ses dérivés⁵⁶, voire des sous-principes⁵⁷. Dans un premier chapitre, nous tenterons, de la façon la plus exhaustive possible, de rendre compte de cette « nébuleuse de notions complémentaires⁵⁸ ».

⁵⁴ Notre recherche s'arrête au 31 décembre 2012.

⁵⁵ A. L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁶ J. BOULOUIS, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. 1, Dalloz, 6^e éd., 1994, n° 15, p. 76; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, thèse dactyl., A.N.R.T., 2004, p. 471.

⁵⁷ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3^e éd., p. 366.

⁵⁸ J.-P. PUISOCHET et H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 153. X. GROUSSOT évoque un « principe parapluie » (*umbrella principle*) (*General principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 24). S. CALMES va jusqu'à affirmer que « ce n'est qu'à travers ses expressions spécifiques, dont les contenus respectifs se croisent et se rejoignent, que s'est affirmé ce principe de sécurité

21. — L'emprise tentaculaire du principe de sécurité juridique sur la jurisprudence de l'Union européenne évoque cependant l'image d'un colosse au pied d'argile⁵⁹. En effet, une étude plus approfondie des décisions des juges du Kirchberg fait ressortir que le principe de sécurité juridique invoqué seul l'est rarement avec succès. A l'immense champ théorique correspond ainsi un impact pratique pour le moins relatif. Par ailleurs, la jurisprudence révèle et génère des confusions de taille en ce qui concerne le principe de sécurité juridique, au point de livrer certains enseignements contradictoires. Tel est l'objet du second chapitre de notre première partie qui débouchera sur l'inévitable question de la portée normative de l'objet de notre recherche et confirmera l'utilité de cette dernière.

22. — Outre le fait de présenter le matériau étudié et d'en exposer les difficultés, l'intérêt de cette première partie est de mettre en évidence l'important contraste entre la cohérence de l'ambitieux système théorique mis en place par les juridictions de l'Union et les problèmes posés par la jurisprudence, confrontée à des situations particulières et concrètes. En d'autres termes, les lignes qui suivent vont tenter de rendre compte du fossé qui existe entre le *discours* relatif au principe de sécurité juridique (chapitre I) et sa *pratique* (chapitre II)⁶⁰.

juridique dans les jurisprudences allemande, suisse, communautaire et française » (*Du principe de protection de la confiance légitime, op. cit.*, p. 171).

⁵⁹ Ainsi que l'observait P. PESCATORE, « on affaiblit l'autorité du principe de la sécurité juridique en le faisant intervenir à tout propos » (*Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire*, rapport au 12^e congrès de la FIDE, 1986).

⁶⁰ Selon A. PAPAUX, tous les systèmes de théorie du droit « distinguent la *Présentation* du droit [...] de son *Effectuation* [...], cette dernière tentant de traduire la vie effective du droit, sa pratique c'est-à-dire sa dynamique même, au rebours de sa *Présentation*, statique, rigidifiée par le carcan de la logique formelle des juristes [...] » (« Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle », *R.D.S.*, 2012, p. 33).

CHAPITRE I

Le discours relatif au principe : itinéraire d'un acte juridique

Le pilote le guide, et, de sa faible main,
Sur l'abîme des flots il lui trace un chemin.

LUCRÈCE

23. — Si les auteurs de doctrine ont tendance à regrouper les utilisations du principe dans des catégories plus générales, les lignes qui suivent évitent une telle classification, qui risque d'emblée d'orienter le lecteur⁶¹. Notre démarche vise, à ce stade, à lui assurer une compréhension étendue du principe étudié tel qu'il est compris et présenté par les juridictions de l'Union. La présentation se veut donc délibérément épurée de tout relais doctrinal et de tout commentaire approfondi. Il n'est pas question de prétendre pouvoir échapper au fait que ceux « qui se donnent pour tâche de connaître et de faire connaître le droit ont une influence directe et considérable sur son contenu même⁶² ».

⁶¹ Deux anciens juges reconnaissent qu'établir de « subtiles distinctions » relatives au principe de sécurité juridique « serait faire beaucoup d'honneur à des nuances qui tiennent largement à l'anecdote ou à l'imagination des plaideurs » (J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 157).

⁶² C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985, p. 83. Cette influence avait déjà été mise en évidence par J. DEWEY en 1929 (*The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*, Putnam, New York, 1960, p. 204-205 : « The principle of indeterminacy thus presents itself as the final step in the dislodgment of the old spectator theory of knowledge. It marks the acknowledgment, within scientific procedure itself, of the fact that knowing is one kind of interaction which goes on within the world. Knowing marks the conversion of undirected changes into changes directed toward an intended conclusion. ») et par le Cardinal MERCIER (*Cours de philosophie. Volume IV: Critériologie générale ou Théorie générale de la certitude*, 6^e éd., Ed. Félix Alcan, Paris, 1911, p. 41 : « Supposez la connaissance aussi parfaite que vous le voudrez, élevez-là à l'infini, toujours est-il que le *sujet* apportera nécessairement sa nature à l'acte de connaissance [...] »).

Inévitablement, toute systématisation doctrinale implique des choix, voire une part de subjectivité. Il s'agit néanmoins de rendre compte du *discours* tenu par celles-ci sur le principe de sécurité juridique, d'une façon qui soit la plus fidèle possible au style de leurs décisions : une motivation laconique, se réclamant de l'objectivité de celui qui ne fait que découvrir des principes préexistants.

24. — Afin de prendre au sérieux le discours jurisprudentiel, une approche nominaliste a été privilégiée, n'identifiant comme occurrences de la sécurité juridique que les décisions comprenant les termes « sécurité juridique⁶³ ». La recherche ne s'étendra à d'autres principes que lorsque la Cour elle-même aura établi la connexion entre ceux-ci et celle-là. Afin de structurer ce compte-rendu, les interventions du principe de sécurité juridique dans la jurisprudence des juridictions de l'Union seront exposées en suivant l'itinéraire d'un acte adopté par les autorités européennes, depuis son édicton (section 1) jusqu'à son contrôle par les autorités juridictionnelles (section 3) en passant par son application (section 2). Par souci d'exhaustivité, la jurisprudence pertinente relative aux actes nationaux qui rentrent dans le champ application du droit de l'Union européenne sera également passée en revue⁶⁴. Il en résulte que la sécurité juridique accompagne un acte juridique de sa naissance à sa mort, en cas d'annulation, et même dans l'au-delà dès lors qu'elle s'occupe du vide laissé par le disparu. Tant cet aspect « quasi-tentaculaire » du principe⁶⁵ que le caractère absolu des formulations retenues par les juridictions de l'Union attestent de cette volonté de maîtrise des événements juridiques qui anime la *logique cartésienne* de la sécurité juridique.

⁶³ Le champ sera également étendu aux termes « sécurité des situations juridiques » dès lors que, à l'exception d'un arrêt isolé du tribunal (T.U.E., 7 octobre 2009, Vischim, T-380/06, pts 81-82), rien ne permet de penser que la Cour attribue des significations différentes à ces expressions. Sur cet arrêt, voy. *infra* n° 116.

⁶⁴ Elle présidera souvent à la division des sous-sections en deux parties.

⁶⁵ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 357.

Section 1. — L'édiction de l'acte

25. — Il ne s'agit pas, dans les lignes qui suivent, de rentrer dans les complexités de la procédure d'édiction des actes juridiques européens mais de rendre compte succinctement de l'utilisation par les juridictions de l'Union du principe de sécurité juridique lors de l'adoption de l'acte (A), de sa communication (B) et de son éventuelle modification (C)⁶⁶.

A. L'adoption de l'acte

1. L'acte européen

26. — Selon la formulation retenue par la Cour de justice depuis son arrêt *Duff* du 15 février 1996⁶⁷, et reprise depuis par le Tribunal⁶⁸, le principe de sécurité juridique exige des règles claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit de l'Union⁶⁹. Ces règles doivent donc être certaines⁷⁰ pour que les intéressés

⁶⁶ Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le TFUE) contient un chapitre consacré aux « actes juridiques de l'Union ». Pour une analyse détaillée de la typologie de ces actes, voy. N. DE SADELEER et I. HACHEZ, « Hiérarchie et typologie des actes juridiques de l'Union européenne », in *Les innovations du traité de Lisbonne. Incidences pour le praticien*, H. Dumont, P. Jadoul, N. de Sadeleer et S. Vandrooghenbroeck (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 45-132.

⁶⁷ C.J.U.E., 15 février 1996, *Duff* e.a., C-63/93, pt 20. Voy., plus récemment, C.J.U.E., 16 février 2012, *Marcello Costa* e.a., aff. jtes C-72/10 et C-77/10, pt 74.

⁶⁸ T.U.E., 19 mars 1997, *Oliveira*, T-73/95, pt 29; 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn*, T-229/94, pt 113; 31 janvier 2002, *Hult*, T-206/00, pt 38; 6 octobre 2005, *Sumitomo Chemical*, aff. jtes T-22/02 et T-23/02, pt 48; 10 mai 2007, *Negenman*, T-255/04, pt 51-52; 7 octobre 2009, *Vischim*, T-380/06, pt 81; 2 mars 2010, *Arcelor*, T-16/04, pt 198; 29 mars 2012, *Espagne/Commission*, T-398/07, pt 107.

⁶⁹ Selon une formulation alternative, qui se réfère à l'arrêt *Duff*, la Cour considère que la clarté et la précision requises doivent permettre aux intéressés « de s'orienter dans des situations et des relations juridiques relevant de l'ordre juridique communautaire » (C.J.U.E., 7 juin 2007, *Britannia Alloys*, C-76/06 P, pt 79).

⁷⁰ C.J.U.E., 15 décembre 1987, *Irlande/Commission*, aff. 325/85, pt 18; 22 novembre 2001, *Pays-Bas/Conseil*, C-301/97, pt 43; 29 avril 2004, *Sudholz*, C-17/01, pt 34; 21 février 2006, *Halifax* e.a., C-255/02, pt 72; 16 septembre 2008, *Isle of Wight Council* e.a., C-288/07, pt 47; 16 juillet 2009, *Commission/Irlande*, C-554/07, pt 66; 29 octobre 2009, *Skatteverket*, C-29/08, pt 77; 21 juillet 2011, *Alcoa*, C-194/09P, pt 71.

puissent connaître avec exactitude et de façon dépourvue d'ambiguïté leurs droits et obligations, afin de leur permettre de prendre leurs dispositions en conséquence⁷¹. Le principe de sécurité juridique s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'un acte susceptible de comporter, pour des sujets de droit, des conséquences défavorables⁷², qu'elles soient financières⁷³,

⁷¹ C.J.U.E., 9 juillet 1981, *Gondrand*, aff. 169/80; 22 février 1989, *Commission/France et Royaume-Uni*, aff. 92 et 93/87; 13 février 1996, *van Es Douane Agenten*, C-143/93, pt 27; T.U.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria*, T-115/94; C.J.U.E., 16 octobre 1997, *Banque Indosuez e.a.*, C-177/96, pt 27; 1^{er} octobre 1998, *Royaume-Uni/Commission*, C-209/96, pt 35; 1^{er} octobre 1998, *Langnese-Iglo*, C-279/95 P, pt 78; T.U.E., 29 septembre 1999, *Sonasa*, T-126/97; C.J.U.E., 4 juin 2002, *Commission/France*, C-483/99, pt 50; 16 janvier 2003, *Libor Cipra e.a.*, C-439/01, pt 47; 20 mai 2003, *Ravil/Bellon e.a.*, C-469/00, pt 93-104; 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma e.a.*, C-108/01, pt 89; 14 avril 2005, *Belgique/Commission*, C-110/03, pt 30; 13 mai 2005, *Commission/Espagne*, C-463/00, pts 74 et 75; 7 juin 2005, *VEMW e.a.*, C-17/03, pt 80; 10 janvier 2006, *International Air Transport*, C-344/04, pt 68; 21 février 2006, *Halifax e.a.*, C-255/02, pt 72; T.U.E., 3 octobre 2006, *Hewlett-Packard*, T-313/04, pt 66; C.J.U.E., 26 octobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, pt 79; 25 janvier 2007, *Festersen*, C-370/05, pt 43; 7 juin 2007, *Commission/Grèce*, C-178/05, pt 69; 21 juin 2007, *Stichting ROM-projecten*, C-158/06, pt 25; 3 juin 2008, *Intertanko*, C-308/06, pt 69; T.U.E., 26 juin 2008, *Alfonsius Alferink*, T-94/98, pt 65; C.J.U.E., 10 mars 2009, *Heinrich*, C-345/06, pt 44; 11 juin 2009, *Nijemeisland*, C-170/08, pt 44; 15 octobre 2009, *Audiolux*, C-101/08, pt 58; T.U.E., 15 juin 2010, *Mediaset*, T-177/07, pt 179; C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission/Royaume-Uni*, C-582/08, pt 49; 2 décembre 2010, *Agrargut*, C-153/09, pt 51; 22 décembre 2010, *Gowan*, C-77/09, pt 47; 29 mars 2011, *ArcelorMittal*, aff. jtes C-201/09 P et C-216/09 P, pt 68; 29 mars 2011, *ThyssenKrupp*, C-352/09 P, pt 81; 23 octobre 2012, *Nelson*, aff. jtes C-581/10 et C-629/10, pt 66; 11 décembre 2012, *Commission/Espagne*, C-610/10, pt 49; T.U.E., 12 décembre 2012, *Ecka Granulate e.a.*, T-400/09, pt 26. Ces exigences sont également applicables à une décision individuelle (T.U.E., 29 novembre 2012, *Groupeement des cartes bancaires « CB »*, T-491/07, pt 444).

⁷² C.J.U.E., 7 juin 2005, *VEMW e.a.*, C-17/03, pt 80; 14 janvier 2010, *Stadt Papenburg*, C-226/08, pt 45; 14 septembre 2010, *Akzo e.a.*, e C550/07 P, pt 100; T.U.E., 9 septembre 2011, *Dow AgroSciences*, T-475/07, pt 264; C.J.U.E., 16 février 2012, *Marcello Costa e.a.*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, pt 74; 5 juillet 2012, *SIAT*, C-318/10, pt 58.

⁷³ C.J.U.E., 15 décembre 1987, *Irlande/Commission*, 325/85, pt 18; 15 décembre 1987, *Pays-Bas/Commission*, aff. 326/85, pt 24; 22 février 1989, *Commission/France et Royaume-Uni*, aff. jtes 92 et 93/87, pt 22; 13 mars 1990, *Commission/France*, C-30/89, pt 23; 27 mars 1990, *Italie/Commission*, C-10/88; T.U.E., 3 février 2000, *CCRE*, aff. jtes T-46/98 et T-151/98, pt 70; C.J.U.E., 12 février 2004, *Slob*, C-236/02, pt 37; 16 mars 2006, *Emsland-Stärke*, C-94/05, pt 43; T.U.E., 3 octobre 2006, *Hewlett-Packard*, T-313/04, pt 66; C.J.U.E., 21 juin 2007, *Stichting ROM-projecten*, C-158/06, pt 26; T.U.E., 26 juin 2008, *Alferink e.a.*, T-94/98, pt 66; C.J.U.E., 2 décembre 2009, *Adventis Pasteur*, C-358/08, pt 47;

procédurales⁷⁴ ou consistent en des sanctions⁷⁵. Les juridictions européennes ont eu l'occasion de consacrer cette exigence dans des matières aussi diverses que le droit de la concurrence⁷⁶, le droit pénal⁷⁷, le contentieux de la fonction publique⁷⁸, le droit social européen⁷⁹, le contentieux des marchés publics⁸⁰, le droit fiscal⁸¹ ou le droit des marques⁸². Ces exigences de clarté, de précision et de certitude recouvrent à leur tour plusieurs sous-exigences. En effet, tout acte qui produit un effet juridique doit indiquer la base légale à laquelle il emprunte sa force obligatoire, et permettre de déterminer son contenu, son auteur et son applicabilité temporelle.

27. — L'impératif de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit de l'Union européenne qui doit, à peine de nullité, être expressément indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu⁸³. Cependant, l'omission de la

6 septembre 2012, Mecsek-Gabona, C-273/11, pt 39; 13 décembre 2012, BLV Wohn- und Gewerbebau, C-395/11, pt 47.

⁷⁴ T.U.E., 16 juillet 1998, Regione Toscana, T-81/97, pt 52; dans le même sens, voy. C.J.U.E., 11 août 1995, Cavarzere e.a., C-1/94, pts 30-31; T.U.E., 8 mars 1990, Maindix e.a., aff. T-28/89, pt 52.

⁷⁵ T.U.E., 27 septembre 2006, Jungbunzlauer, T-43/02, pt 71; 13 septembre 2010, Trioplast, T-40/06, pt 161; 3 mars 2011, Areva, aff. jtes T-117/07 et T-121/07, pt 210. Dans un arrêt plus ancien, la Cour a jugé que « l'exigence de clarté juridique est même particulièrement impérieuse dans un domaine où toute incertitude risque d'entraîner des incidents et l'application de sanctions particulièrement sensibles » (C.J.U.E., 10 juillet 1980, Commission/Royaume-Uni, aff. 32/79, pt 46).

⁷⁶ T.U.E., 14 juillet 2006, Endesa, T-417/05, pt 209.

⁷⁷ C.J.U.E., 27 novembre 1991, Meico-Fell, C-273/90, pt 11; 12 décembre 1996, X, aff. jtes C-74/95 et C-129/95, pt 25.

⁷⁸ T.U.E., 20 septembre 2001, Spruyt, T-171/00, pt 65.

⁷⁹ T.U.E., 14 juillet 1997, Interhotel, T-81/95, pt 53.

⁸⁰ C.J.U.E., 20 avril 2007, TEA-CEGOS et STG (ord.), C-189/06 P, pts 30-31.

⁸¹ C.J.U.E., 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, pt 46.

⁸² C.J.U.E., 10 mars 2011, Agencja Wydawnicza Technopol/OHMI, C-51/10 P, pt 77 et la jurispr. citée; T.U.E., 7 décembre 2011, El Corté Ingles, T-152/10, pt 62.

⁸³ C.J.U.E., 26 mars 1987, Commission/Conseil, aff. 45/86, pt 9; 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91, pt 26; T.U.E., 11 septembre 2002, Alpharma, T-70/99, pt 112; C.J.U.E., 26 octobre 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun, C-248/04, pt 80; T.U.E., 14 février 2007, Dos Santos, T-435/04, pt 143; 17 septembre 2007, France/Commission, T-240/04, pt 31; C.J.U.E., 1^{er} octobre 2009, Commission/Conseil, C-370/07, pt 39; T.U.E., 29 septembre 2011, Pologne/Commission, T-4/06, pt 82; 15 novembre 2011, Nolin, T-58/11 P, pt 32. Il serait contraire au principe de sécurité juridique de prendre en considération, pour déterminer la base juridique d'un acte,

référence à une disposition précise du traité peut ne pas constituer un vice substantiel lorsque la base juridique d'un acte peut être déterminée à l'appui d'autres éléments de celui-ci⁸⁴. Selon la Cour, le principe de sécurité juridique « exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit certain notamment quant à son auteur et à son contenu⁸⁵ ». L'article 12, alinéa 1^{er}, du règlement intérieur de la Commission⁸⁶ prévoyait ainsi que les actes adoptés par celle-ci devaient être authentifiés, dans la ou les langues faisant foi, par les signatures du président et du secrétaire exécutif. Conformément à une jurisprudence constante, la Cour a considéré que cette authentification constituait une forme substantielle au sens de l'article 267 du TFUE⁸⁷, dont la violation pouvait donner lieu à un recours en annulation, dès lors qu'elle avait pour but d'assurer la sécurité juridique en figeant, dans les langues faisant foi, le texte adopté par le collège de manière à pouvoir vérifier la « correspondance parfaite des textes notifiés ou publiés avec ce dernier et, par là même, avec la volonté de leur auteur⁸⁸ ».

En ce qui concerne l'exigence de certitude relative au contenu d'un acte, et notamment à son applicabilité matérielle, il n'est pas question de placer une charge disproportionnée sur les épaules du destinataire de la règle. Ainsi, le fait pour la Commission d'adopter un règlement, alors qu'elle indique ne pas vouloir imposer d'obligations aux tiers, « crée une ambiguïté certaine quant à la portée des dispositions en cause », dès

une « prétendue évolution des rapports entre institutions qui ne serait pas encore consacrée par les textes ou qui résulterait de dispositions d'un traité non encore entré en vigueur » (C.J.U.E., 4 avril 2000, Commission/Conseil, C-269/97, pt 45).

⁸⁴ Ce n'est pas le cas lorsque, à défaut de référence explicite, les intéressés et la Cour sont laissés dans l'incertitude quant à la base juridique précise (C.J.U.E., 26 mars 1987, Commission/Conseil, aff. 45/86, pt 9 ; T.U.E., 11 septembre 2002, Alpharma, T-70/99, pt 112).

⁸⁵ C.J.U.E., 6 avril 2000, Solvay, C-287/95 P et C-288/95 P, pt 49 ; 6 avril 2000, ICI, C-286/95 P, pt 45.

⁸⁶ Actuel article 17.

⁸⁷ Ex-article 173 du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après TCEE), ex-article 230 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après TCE).

⁸⁸ C.J.U.E., 15 juin 1994, Commission/BASF e.a., C-137/92 P, pts 74-78 ; T.U.E., 6 avril 1995, BASF, aff. jtes T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, pts 75-76. La Cour a précisé qu'il importait peu que l'absence d'authentification n'ait causé aucun préjudice à l'une des parties (C.J.U.E., 6 avril 2000, ICI, C-286/95 P, pt 60 ; 6 avril 2000, Solvay, aff. jtes C-287/95 P et C-288/95 P, pt 56) ou qu'une mesure de régularisation rétroactive ait été adoptée afin de couvrir l'irrégularité (T.U.E., 29 juin 1995, Solvay, T-32/91, pt 53).

lors que « la forme réglementaire laisse supposer la présence d'effets obligatoires pour les tiers ». Il serait donc « contraire au principe de sécurité juridique que les opérateurs doivent faire une analyse détaillée des termes des dispositions en cause pour pouvoir déterminer leur portée réelle⁸⁹ ». Il convient également que cet acte permette à ses destinataires de savoir avec certitude quand il commence à produire ses effets juridiques, afin qu'ils puissent s'en prévaloir devant les juridictions de l'Union et, le cas échéant, l'attaquer devant les juridictions de l'Union⁹⁰.

Eu égard à la définition d'une directive, qui est de fixer le résultat à atteindre tout en laissant aux États la compétence quant à la forme et aux moyens, la Cour de justice a considéré que certaines d'entre elles ne violaient pas l'exigence de sécurité juridique dès lors qu'il incombait aux législateurs nationaux de veiller à ce que les exigences de clarté et de précision soient respectées dans le cadre de la transposition⁹¹. En contrepartie, le même principe s'oppose à ce que les directives puissent créer des obligations dans le chef des particuliers⁹².

2. L'acte national

28. — La sécurité juridique étant un principe fondamental du droit de l'Union européenne, elle doit être respectée non seulement par ses institutions mais également par les États membres dans l'exercice, dans le champ d'application du droit de l'Union, de leurs pouvoirs

⁸⁹ T.U.E., 17 septembre 2007, France/Commission, T-240/04, pt 51. Voy. également C.J.U.E., 16 octobre 1997, Banque Indosuez, C-177/96, pts 27-29.

⁹⁰ C.J.U.E., 12 décembre 1996, X, aff. jtes C-74/95 et C-129/95, pt 25 ; 19 septembre 1996, Commission/Grèce, C-236/95, pt 13 ; T.U.E., 7 février 1991, Tagaras, aff. jtes T-18/89 et T-24/89, pt 40 ; 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94, pt 124 ; 14 mars 2006, Commission/France, C-177/04, pt 48 ; 7 juin 2007, Commission/Grèce, C-178/05, pt 33 ; T.U.E., 13 septembre 2010, Espagne/Commission, aff. jtes T-156/07 et T-232/07, pt 83. Viole donc le principe de sécurité juridique le fait pour le Conseil des ministres d'antidater délibérément le numéro du *Journal officiel* dans lequel un règlement a été publié (T.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94, pts 131-132). Pour un cas d'incertitude relative à l'applicabilité dans le temps d'une directive, voy. C.J.U.E., 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, pt 40.

⁹¹ C.J.U.E., 13 juin 2002, Pays-Bas/Commission, C-382/99, pt 40 ; 23 octobre 2003, Scherndl, C-40/02, pt 34.

⁹² C.J.U.E., 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, pts 9 et 13 ; 26 septembre 1996, Arcaro, C-168/95, pts 36 et 37 ; 3 mai 2005, Berlusconi e.a., aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, pts 73 et 74 ; 5 juillet 2007, Kofoed, C-321/05, pt 42 ; 15 octobre 2009, Hochtief e.a., C-138/08, pts 28-30.

respectifs⁹³. Selon la Cour, « les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles du droit des États membres soient formulées de manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect⁹⁴ ».

Lorsque les États membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la réglementation de l'Union, les modalités de son exercice ne peuvent être régies que par le droit public de ces derniers⁹⁵. Ils sont néanmoins tenus d'exercer ce pouvoir dans le respect des principes généraux du droit de l'Union et il leur incombe donc d'éviter que le contenu des mesures prises, la procédure adoptée voire la nature même de l'instrument législatif choisi portent atteinte au principe européen de sécurité juridique⁹⁶. Si l'arsenal législatif national contient des dispositions qui entrent en conflit avec la législation européenne, cette incompatibilité « ne peut être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant ayant la même valeur juridique que celles qui doivent être modifiées⁹⁷ » et ce, alors même que ces dispositions nationales sont tombées en désuétude⁹⁸ ou qu'elles

⁹³ C.J.U.E., 3 décembre 1998, Belgocodex, C-381/97, pt 26; 26 avril 2005, Goed Wonen, C-376/02, pt 32; 3 mai 2005, Berlusconi, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, pt 69; 14 septembre 2006, Elmeka, C-181/04, pt 31; 11 mai 2006, Federation of Technological Industries e.a., C-384/04, pt 29; 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, pt 43; 18 novembre 2010, Skatteverket, C-84/09, pt 35; 7 décembre 2010, R., C-285/09, pt 45; 5 mai 2011, Hauptzollamt Koblenz, e.a., aff. jtes C-230/09 et C-231/09, pt 74.

⁹⁴ C.J.U.E., 30 janvier 1985, Commission/Danemark, aff. 143/83; 9 avril 1987, Commission/Italie, aff. 363/85, pt 7; 21 juin 1988, Commission/Italie, aff. 257/86, pt 12; 30 mai 1991, Commission/Allemagne, C-59/89, pt 18; 19 septembre 1996, Commission/Grèce, C-236/95, pt 13; 6 mars 2003, Commission/Luxembourg, C-478/01, pt 20; 27 septembre 2007, Twoh, C-184/05, pt 25.

⁹⁵ C.J.U.E., 27 septembre 1979, Eridania, aff. 230/78, pt 34.

⁹⁶ C.J.U.E., 25 novembre 1986, Klensch e.a., aff. jtes 201/85 et 202/85, pt 10; 20 juin 2002, Mulligan e.a., C-313/99, pts 34 et 48. Tel est le cas d'une législation qui maintient pour les sujets de droit concernés un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit de l'Union (C.J.U.E., 28 février 1991, Commission/Italie, C-360/87, pt 12).

⁹⁷ C.J.U.E., 13 mars 1997, Commission/France, C-197/96, pt 14; 4 décembre 1997, Commission/Italie, C-207/96, pt 26; 8 juillet 1999, Commission/France, C-354/98, pt 11.

⁹⁸ C.J.U.E., 29 octobre 1998, Commission/Grèce, C-185/96, pt 30. Une telle situation est en effet « de nature à susciter des incertitudes incompatibles avec le principe de sécurité juridique, dans la mesure où une telle situation accroît les difficultés

sont interprétées dans un sens estimé conforme aux exigences du droit de l'Union européenne⁹⁹. Dans un arrêt du 27 avril 2006, la Cour de justice a ainsi jugé que l'Allemagne n'avait pas transposé « avec suffisamment de clarté à l'égard des ressortissants des États membres disposant d'un titre de séjour à durée limitée les exigences découlant de la jurisprudence » relative à la notion d'« ordre public » visée par le traité¹⁰⁰. L'application des exigences de clarté, de précision et de certitude aux actes nationaux connaît de nombreuses occurrences dans la jurisprudence européenne, notamment en droit fiscal¹⁰¹ ou en droit du travail¹⁰². En ce qui concerne la transposition des directives, les États membres sont tenus de mettre en œuvre leurs dispositions avec une force contraignante incontestable présentant la spécificité, la précision et la clarté requises, afin que soit satisfaite l'exigence de sécurité juridique¹⁰³. Celle-ci peut être plus importante lorsque les destinataires de

des bénéficiaires potentiels à connaître l'étendue de leurs droits ». En ce sens, voy. C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission/Italie*, C-358/98, pts 16 et 17; 13 juillet 2000, *Commission/France*, C-160/99, pt 22; 5 juillet 2007, *Commission/Belgique*, C-522/04, pt 70.

⁹⁹ C.J.U.E., 10 mai 2001, *Commission/Pays-Bas*, C-144/99, pt 21.

¹⁰⁰ C.J.U.E., 27 avril 2006, *Commission/Allemagne*, C-441/02, pt 74.

¹⁰¹ Voy. notamment C.J.U.E., 4 mars 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, pts 21-23; 27 septembre 2007, *Teleos e.a.*, C-409/04, pt 50.

¹⁰² C.J.U.E., 30 janvier 1985, *Commission/Danemark*, aff. 143/83, pt 11; 13 mars 1997, *Commission/France*, C-197/96, pt 17; 28 octobre 1999, *Commission/Grèce*, C-187/98, pt 54; 15 novembre 2001, *Commission/Italie*, C-49/00, pts 23-32. Voy. également C.J.U.E., 14 janvier 2010, *Commission/République Tchèque*, C-343/08, pt 40; 28 janvier 2010, *Uniplex*, C-406/08, pt 39.

¹⁰³ C.J.U.E., 14 juin 2007, *Commission/Italie*, C-82/06, pts 17-19. En ce sens, voy. C.J.U.E., 6 mai 1980, *Commission/Belgique*, aff. 102/79, pt 11; 9 avril 1987, *Commission/Italie*, aff. 363/85, pt 7; 13 mars 1997, *Commission/France*, C-197/96, pt 15; 17 septembre 1987, *Commission/Pays-Bas*, aff. 291/84, pt 15; 8 juillet 1999, *Commission/France*, C-354/98, pt 11; 27 février 2003, *Commission/Belgique*, C-415/01, pt 21; 20 novembre 2003, *Commission/France*, C-296/01, pt 54; 23 avril 2009, *Commission/Belgique*, C-287/07, pt 69; 4 juin 2009, *SALIX*, C-102/08, pt 42; 7 octobre 2010, *Commission/Portugal*, C-154/09, pt 47; 3 mars 2011, *Commission/Irlande*, C-50/09, pt 46; 27 octobre 2011, *Commission/Pologne*, C-362/10, pt 46; 27 octobre 2011, *Commission/Pologne*, C-311/10, pt 24; 21 décembre 2011, *Vlaamse Oliemaatschappij NV*, C-499/10, pt 20). Tel n'est pas le cas d'une disposition nationale n'ayant des effets que « relativement contraignants » (C.J.U.E., 14 juin 2007, *Commission/Italie*, C-82/06, pt 19). Cette exigence n'empêche pas d'obligation relative au choix de l'instrument national, la transposition d'une directive n'exigeant pas nécessairement de chaque État membre qu'il privilégie la voie législative (C.J.U.E., 23 mai 1985, *Commission/Allemagne*, aff. 29/84, pt 23; 23 mars 1995, *Commission/Grèce*, C-365/93, pt 9). Enfin, « lorsque le droit

la directive sont considérés comme requérant une protection accrue. Tel est le cas notamment des ressortissants d'autres États membres¹⁰⁴, en principe moins informés que les nationaux des droits dont ils disposent¹⁰⁵, des consommateurs¹⁰⁶ ou des travailleurs qui ne sont pas régulièrement organisés et travaillent dans des petites ou moyennes entreprises¹⁰⁷. La simple exécution conforme aux dispositions d'une directive par l'autorité nationale compétente ne peut, à elle seule, présenter la clarté et la précision requises pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique¹⁰⁸. *A fortiori*, il en va de même d'une exécution non conforme¹⁰⁹, ambiguë¹¹⁰, ou d'une absence d'exécution¹¹¹. De simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne peuvent donc être considérées comme constituant une exécution valable des obligations

de l'Union laisse aux États membres la faculté de déroger à certaines dispositions d'une directive, ces derniers sont tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le respect des principes généraux du droit de l'Union, parmi lesquels figure le principe de sécurité juridique » (C.J.U.E., 21 octobre 2010, Accardo e.a., C-227/09, pt 55).

¹⁰⁴ C.J.U.E., 23 mars 1995, Commission/Grèce, C-365/93, pt 9.

¹⁰⁵ C.J.U.E., 23 mai 1985, Commission/Allemagne, aff. 29/84, pt 23.

¹⁰⁶ C.J.U.E., 10 mai 2001, Commission/Pays-Bas, C-144/99, pt 21.

¹⁰⁷ C.J.U.E., 30 janvier 1985, Commission/Danemark, aff. 143/83, pt 10.

¹⁰⁸ C.J.U.E., 12 juillet 2007, Commission/Autriche, C-507/04, pt 137. En ce sens, voir C.J.U.E., 30 mai 1991, Commission/Allemagne, aff. 361/88, pt 24; 19 septembre 1996, Commission/Grèce, C-236/95, pts 12 et 13; 10 mai 2001, Commission/Pays-Bas, C-144/99, pt 21; 29 janvier 2012, Commission/Pologne, C-192/11, pt 58; 15 mars 2012, Commission/Pologne, C-46/11, pt 28. Selon la Cour, « si la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des dispositions de celle-ci dans une disposition légale expresse et spécifique et peut se satisfaire d'un contexte juridique général, il est cependant nécessaire que ce contexte juridique soit suffisamment clair et précis pour que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales » (C.J.U.E., 28 janvier 2010, Commission/Irlande, C-456/08, pt 65).

¹⁰⁹ C.J.U.E., 8 juin 2006, WWF Italia e.a., C-60/05, pt 39.

¹¹⁰ C.J.U.E., 7 juin 2007, Commission/Grèce, C-178/05, pt 33; 28 avril 1993, Commission/Italie, C-306/91.

¹¹¹ C.J.U.E., 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas, C-339/87, pt 22; 19 mai 1999, Commission/France, C-225/97, pts 37-38; 27 septembre 2007, Commission/Espagne, C-465/06, pts 7-11. Les États membres ne peuvent, à cet égard, invoquer le pouvoir réglementaire des autorités régionales pour justifier une législation nationale qui ne respecte pas les interdictions prévues par une directive (C.J.U.E., 17 janvier 1991, Commission/Italie, C-157/89, pt 17).

découlant du droit de l'Union européenne¹¹², « dès lors qu'elles maintiennent, pour les sujets de droit concernés, un état d'incertitude quant à l'étendue de leurs droits dans un domaine régi par le droit communautaire¹¹³ ». De même, la Cour estime qu'une jurisprudence, « à la supposer établie, interprétant des dispositions de droit interne dans un sens estimé conforme aux exigences d'une directive ne saurait présenter la clarté et la précision requises pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique¹¹⁴ ». Les obligations des États membres sont assez poussées dès lors qu'ils ont l'obligation de prendre en considération l'interprétation jurisprudentielle des dispositions du Traité.

¹¹² C.J.U.E., 6 mai 1980, *Commission/Belgique*, aff. 102/79, pt 11. Voy. également C.J.U.E., 2 juin 2005, *Dörr et Ünal*, C-136/03, pt 52 ; 22 décembre 2008, *Commission/Italie*, C-283/07, pt 33.

¹¹³ C.J.U.E., 9 juin 1993, *Commission/Italie*, C-95/92, pt 8 ; 20 juin 2002, *Mulligan e.a.*, C-313/99, pt 47 et la jurispr. citée ; 12 janvier 2006, *Commission/Espagne*, C-132/04, pt 34.

¹¹⁴ C.J.U.E., 23 avril 2009, *Commission/Belgique*, C-292/07, pt 122.

B. La communication de l'acte

1. L'acte européen

29. — La sécurité juridique des justiciables exige que tout acte qui a des effets juridiques les concernant soit porté à leur connaissance, de façon à ce qu'ils soient fixés rapidement sur l'étendue de leurs droits et de leurs obligations¹¹⁵. Dans un arrêt *Racke* du 25 janvier 1979, la Cour de justice a jugé qu'« un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire exige qu'un acte émanant des pouvoirs publics ne soit pas opposable aux justiciables avant que n'existe pour ceux-ci la possibilité d'en prendre connaissance¹¹⁶ ». Si la Cour n'a pas précisé quel était ce « principe fondamental », elle a ultérieurement confirmé qu'il s'agissait bien de la sécurité juridique. Dans un arrêt *Skoma-Lux*, elle a jugé qu'une publication régulière d'un règlement exigeait sa traduction dans toutes les langues officielles de l'Union. S'appuyant sur son arrêt *Racke* et sa jurisprudence relative à « l'impératif de sécurité juridique », elle estima qu'une telle interprétation était la « seule compatible avec les principes de sécurité juridique et de non-discrimination¹¹⁷ ». Dans

¹¹⁵ T.U.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria*, T-115/94, pt 124 ; 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg*, T-387/04. Voy. également C.J.U.E., 10 mars 2009, *Heinrich*, C-345/06, pts 43-44. En ce qui concerne les exigences de publication et de notification des actes de l'Union, voy. l'article 297, § 1 et 2 TFUE.

¹¹⁶ C.J.U.E., 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, pt 15. De manière générale, lorsque des conditions sont imposées à des opérateurs économiques, elles doivent avoir été portées à leur connaissance par une publicité adéquate de la réglementation les prévoyant (C.J.U.E., 20 mai 2003, *Ravil*, C-469/00, pt 93 ; 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma e.a.*, C-108/01, pt 89). Tel n'est pas le cas lorsque la Commission applique un critère de sélection des projets sans publication préalable au *Journal officiel* (T.U.E., 18 mai 1995, *Wafer Zoo*, T-478/93, pts 39-41). Il est possible cependant que le défaut de publicité d'un acte n'ait pas privé son destinataire de la possibilité d'en prendre connaissance (C.J.U.E., 23 septembre 1986, *AKZO Chemie*, aff. 5/85, pt 39).

¹¹⁷ C.J.U.E., 11 décembre 2007, *Skoma-Lux*, C-161/06, pt 32-39. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 10 mars 2009, *Heinrich*, C-345/06, pt 43-46 et 63, dans lequel la Cour a décidé que l'annexe d'un règlement qui n'a pas été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* n'a « pas de force obligatoire pour autant qu'elle vise à imposer des obligations aux particuliers ». L'exigence que l'acte soit porté à la connaissance de son destinataire requiert donc également qu'il puisse en comprendre le sens.

des arrêts plus récents, la Cour a confirmé que la jurisprudence *Racke* était « inspirée par les principes de sécurité juridique et de non-discrimination¹¹⁸ ». La sanction qui s'attache à un acte d'une institution de l'Union qui n'a pas été portée à la connaissance de son destinataire est son inopposabilité. A défaut d'une publicité européenne adéquate, les obligations résultant d'un acte de l'Union peuvent néanmoins être jugées opposables à des opérateurs économiques par un juge national, en vertu des règles nationales de publicité¹¹⁹. En outre, à défaut de notification, aucun délai de forclusion ne peut courir contre le destinataire d'une décision, sauf à établir qu'il a eu connaissance de l'existence de l'acte et qu'un délai raisonnable s'est écoulé pour lui permettre de prendre connaissance de son contenu¹²⁰.

2. L'acte national

30. — Le principe de sécurité juridique exige une publicité adéquate pour les mesures nationales adoptées en application d'une réglementation européenne afin « d'assurer que les sujets de droit concernés par de telles mesures seront à même de connaître l'étendue de leurs droits et obligations dans le domaine particulier régi par le droit communautaire¹²¹ ». Aucune forme particulière de publicité n'est requise, à condition que la publicité choisie soit « de nature à informer

Selon la Cour, s'il n'existe pas de principe général de droit « assurant à chaque citoyen le droit à ce que tout ce qui serait susceptible d'affecter ses intérêts soit rédigé dans sa langue en toutes circonstances » (C.J.U.E., 9 septembre 2003, *Kik*, C-361/01 P, pt 82), un règlement n'est cependant opposable à ses destinataires qu'à partir du moment où il est effectivement disponible dans leur langue (C.J.U.E., 26 novembre 1998, *Covita*, C-370/96, pt 27). Ainsi, et bien que la réglementation en matière de sécurité sociale des travailleurs ne le prévoit pas explicitement, la Cour a jugé qu'il « appartient aux juridictions nationales des États membres de veiller à ce que la sécurité juridique ne soit pas compromise par une échéance résultant de l'incapacité du travailleur de comprendre la langue dans laquelle une décision lui est communiquée » (C.J.U.E., 18 février 1975, *Farrauto*, aff. 66/74, pt 6). Sur l'impact de la sécurité juridique sur les exigences linguistiques, voy. *infra*, n° 63.

¹¹⁸ C.J.U.E., 12 mai 2011, *Polska Telefonia*, C-410/09, pts 23 et 30; 12 juillet 2012, *Pimix*, C-146/11, pts 33-48.

¹¹⁹ C.J.U.E., 20 mai 2003, *Ravil*, C-469/00, pt 103.

¹²⁰ T.U.E., 26 octobre 2000, *Ripa di Meana e.a.*, aff. jtes T-83/99 à T-85/99, pt 77.

¹²¹ C.J.U.E., 20 juin 2002, *Mulligan e.a.*, C-313/99, pts 51-52. Voy. également C.J.U.E., 6 mai 1980, *Commission/Belgique*, aff. 102/79, pt 11; 10 mars 2009, *Heinrich*, C-345/06, pts 44-47.

les personnes physiques ou morales concernées par la mesure adoptée de leurs droits et obligations découlant de celle-ci¹²² ». Lorsqu'une réglementation de l'Union requiert des États membres qu'ils imposent des obligations aux particuliers, elle doit, tout comme la réglementation nationale, être publiée afin de permettre aux intéressés « de s'informer sur la source des mesures nationales leur imposant des obligations » mais également de « pouvoir faire vérifier par les juridictions nationales la conformité des mesures nationales de mise en œuvre d'un règlement communautaire avec ce dernier¹²³ ».

C. La modification d'un acte ou d'une situation existante

31. — Lorsque une institution européenne décide de modifier une situation ou un acte existant, qu'il ait une portée générale (3) ou individuelle (4), elle doit respecter, outre les exigences précitées, les principes de respect des droits acquis (1) et de confiance légitime (2).

1. Le principe des droits acquis

32. — Selon la Cour, « un droit est considéré comme acquis lorsque le fait générateur de celui-ci s'est produit avant la modification législative¹²⁴ ». Ainsi, un fonctionnaire peut se prévaloir de la violation du principe du maintien des droits acquis si le fait générateur s'est produit

¹²² C.J.U.E., 20 juin 2002, Mulligan e.a., C-313/99, pt 53.

¹²³ C.J.U.E., 10 mars 2009, Heinrich, C-345/06, pts 45-47.

¹²⁴ C.J.U.E., 18 décembre 2008, Altun, C-337/07, pts 58-64 ; 22 décembre 2008, Centeno Mediavilla e.a., C-443/07 P, pt 63. Si la Cour n'a pas, à notre connaissance, affirmé explicitement que le principe du respect des droits acquis était un corollaire de celui de sécurité juridique, la parenté conceptuelle des deux principes résulte clairement de sa jurisprudence. Dans un arrêt *Simmenthal* du 6 mars 1979, la Cour décidait de limiter les effets de son annulation « pour des raisons de sécurité juridique et compte tenu notamment du respect dû aux droits acquis » (aff. 92/78, pt 107). Elle a également refusé la remise en cause de droits acquis sous peine d'aller à l'encontre du principe de sécurité juridique (C.J.U.E., 18 décembre 2008, Altun, C-337/07, pts 59-60) ou considéré que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles avait « pour fonction d'élever le niveau de sécurité juridique en renforçant la confiance dans la stabilité des relations juridiques et la protection des droits acquis pour l'ensemble du droit privé » (C.J.U.E., 6 octobre 2009, ICF, C-133/08, pt 23). Le tribunal a, par ailleurs, jugé que « l'appréciation de la légalité de la perte d'un éventuel "droit acquis" relevait notamment de la portée du principe de sécurité juridique (T.U.E., 14 février 2007, Dos Santos, T-435/04, pt 77).

sous l'empire d'un statut déterminé, antérieur à la modification décidée par l'autorité européenne¹²⁵. La Cour a jugé, dans un arrêt *Spachis*, qu'une fonctionnaire avait, en vertu d'un premier concours, acquis « une vocation à voir apprécier » ses qualifications professionnelles antérieures lors de son passage du cadre linguistique au cadre administratif. Selon la Cour, le refus de la Commission de prendre en considération ces qualifications a « porté atteinte à un droit virtuel, acquis antérieurement par l'intéressée¹²⁶ ».

2. Le principe de confiance légitime

33. — Il résulte d'une jurisprudence constante que le principe de protection de la confiance légitime fait partie de l'ordre juridique de l'Union¹²⁷ et doit être respecté par ses institutions et par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre ses réglementations¹²⁸. Il a été consacré comme étant « une règle supérieure de droit¹²⁹ », un des « principes fondamentaux de la Communauté¹³⁰ » ou comme un « principe général de droit communautaire, de rang supérieur, visant la protection des particuliers¹³¹ ». Tant la Cour que le Tribunal ont considéré qu'il était le « corollaire » du principe de la sécurité juridique¹³². S'il a principalement vocation à s'appliquer

¹²⁵ C.J.U.E., 19 mars 1975, *Gillet*, aff. 28/74; T.U.E., 29 novembre 2006, *Campoli*, T-135/05, pt 78.

¹²⁶ C.J.U.E., 20 juin 1985, *Spachis*, 138/84, pts 11-12.

¹²⁷ C.J.U.E., 3 mai 1978, *Toepfer*, aff. 112/77, pt 19.

¹²⁸ C.J.U.E., 26 avril 1988, *Krücken*, aff. 316/86, pt 22; 1^{er} avril 1993, *Lageder e.a.*, aff. jtes C-31/91 à C-44/91, pt 33; 3 décembre 1998, *Belgocodex*, C-381/97, pt 26; 8 juin 2000, *Schlossstrasse*, C-396/98, pt 44; 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, pts 34-35.

¹²⁹ C.J.U.E., 14 mai 1975, *CNTA*, aff. 74/74, pt 44; 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187*, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pt 149.

¹³⁰ C.J.U.E., 5 mai 1981, *Dürbeck*, aff. 112/80, pt 48; 14 octobre 1999, *Atlanta*, C-104/97 P, pt 52; 7 juin 2005, *VEMW e.a.*, C-17/03, pt 73.

¹³¹ Voir notamment C.J.U.E., 19 mai 1992, *Mulder e.a.*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, pt 15. Voy. aussi C.J.U.E., 4 octobre 2001, *Italie/Commission*, C-403/99, pt 35.

¹³² C.J.U.E., 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93, pt 20; 18 mai 2000, *Rombi*, C-107/97, pt 66; 10 septembre 2009, *Plantanol*, C-201/08, pt 46. C'est dans un arrêt *Westzucker* que la Cour a établi, pour la première fois, le lien entre sécurité juridique et confiance légitime, estimant que l'examen de la question préjudicielle qui lui était soumise n'avait pas révélé d'éléments de nature à faire conclure que le règlement litigieux aurait « méconnu un principe de sécurité juridique en vertu duquel la confiance légitime des intéressés mérite protection » (C.J.U.E., 4 juillet 1973, *Westzucker*, aff. 1/73, pt 13).

à des décisions individuelles, il n'est pas pour autant exclu qu'il puisse concerner l'exercice de compétences plus générales¹³³. Afin de déterminer si le principe de confiance légitime a été respecté, le juge européen examine si les actes des autorités ont créé, dans l'esprit d'un opérateur économique prudent et avisé, une confiance raisonnable et légitime¹³⁴. Selon la Cour et le Tribunal, tel est le cas lorsqu'un particulier se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration européenne a fait naître dans son chef des espérances fondées¹³⁵. Les juridictions de l'Union ont ainsi jugé que violaient le principe de confiance légitime plusieurs interventions

¹³³ C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, pt 10.

¹³⁴ C.J.U.E., 14 septembre 2006, Elmeka, aff. jtes C-181/04 à C-183/04, pts 31-36; 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, C-182/03 et C-217/03, pts 155-160. Il est clair, selon la Cour, que « le principe de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une réglementation communautaire que dans la mesure où la Communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime » (C.J.U.E., 10 janvier 1992, Kühn, C-177/90, pt 14).

¹³⁵ C.J.U.E., 19 mai 1983, Mavridis, aff. 289/91; 11 mars 1987, Van den Bergh e.a., aff. 265/85, pt 44; T.U.E., 27 mars 1990, Chomel, T-123/89, pt 25; 15 décembre 1994, Unifruit Hellas, T-489/93, pt 51; 14 septembre 1995, Lefebvre e.a., T-571/93, pt 72; 13 juillet 1995, O'Dwyer e.a., aff. jtes T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 et T-477/93, pt 48; 13 décembre 1995, Varkens e.a., aff. jtes T-481/93 et T-484/93, pt 148; 27 février 1996, Galtieri, T-235/94, pt 63; 16 octobre 1996, Efisol, T-336/94, pt 31; 5 février 1997, Ibarra Gil, T-207/95, pt 25; 5 février 1997, Petit-Laurent, T-211/95, pt 72; 14 juillet 1997, Interhotel, T-81/95, pt 45; 22 octobre 1997, SCK et FNK, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, pt 80; 31 mars 1998, Preussag Stahl, T-129/96, pt 78; 17 décembre 1998, Embassy Limousines, T-203/96, pt 74; 22 octobre 1997, SCK et FNK, aff. jtes T-213/95 et T-18/96; 8 juillet 1999, VTm, T-266/97, pt 71; 29 septembre 1999, Sonasa, T-126/97, pt 33; 1^{er} décembre 1999, Boehringer, aff. jtes T-125/96 et T-152/96, pt 117; 5 juin 2001, Feralpi, T-6/99, pt 188; 11 septembre 2002, Alpharma, T-70/99, pt 374; 5 novembre 2002, Ronsse, T-205/01, pt 54; 7 novembre 2002, Vela et Tecnagrind, aff. jtes T-141/99, T-142/99, T-150/99 et T-151/99, pt 387; 28 janvier 2003, F/Cour des comptes, T-138/01, pt 40; C.J.U.E., 6 mars 2003, Niemann, C-14/01, pt 56; T.U.E., 19 mars 2003, Innova Privat-Akademie, T-273/01, pt 26; 9 juillet 2003, Cheil Jedang, T-220/00, pt 33; 30 juin 2004, GE Betz, T-107/02, pt 80; C.J.U.E., 15 juillet 2004, Di Lenardo Adriano, aff. jtes C-37/02 et C-38/02, pt 70; T.U.E., 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse, aff. jtes T-213/01 et T-214/01, pt 210; 6 juin 2007, Angela Davi, T-433/04, pt 119; 27 juin 2007, Nuova Gela Sviluppo, T-65/04, pt 60; 3 septembre 2009, Cheminova e.a., T-326/07, pt 81; C.J.U.E., 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, pt 53; T.U.E., 25 mars 2009, Alcoa Trasformazioni, T-332/06, pt 102. Sur ces conditions, voy. *infra*, n^{os} 121-125. Sur les exceptions développées par la jurisprudence pour limiter l'invoquabilité du principe de confiance légitime, voy. *infra* n^{os} 91-96.

tant du pouvoir exécutif européen¹³⁶, que du Conseil¹³⁷ ou du pouvoir législatif national¹³⁸.

¹³⁶ Dans la plupart des cas, il est fait grief à la Commission d'avoir modifié une situation existante sans laisser aux sujets de droit de l'Union suffisamment de temps pour s'adapter. Il en va ainsi de la décision de la Commission qui met fin à un régime fiscal existant autorisé par période de dix années seulement huit mois après la publication d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen de ce régime (C.J.U.E., 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pts 155-167), qui déclare illégal un régime d'aides quinze mois après l'ouverture de la procédure formelle d'examen de ce régime, alors qu'elle avait pris des positions répétées sur la compatibilité d'un régime d'aides analogue à ce régime (T.U.E., 12 septembre 2007, Koninklijke Friesland Foods, T-348/03, pts 130-138), qui, sans avoir averti en temps utile les destinataires, met fin à une pratique suivie depuis deux ans, consistant à tolérer certains dépassements de quotas, sans avoir averti en temps utile l'opérateur en cause (C.J.U.E., 12 novembre 1987, Ferriere San Carlo, aff. 344/85, pts 12-13), qui limite toute augmentation de la production tabacole de la Communauté afin de décourager la production des variétés qui présentent des difficultés pour leurs débouchés (C.J.U.E., 11 juillet 1991, Crispolti, C-368/89, pt 21), qui introduit un nouveau critère portant sur le poids spécifique du maïs douze jours avant qu'un Règlement ne soit applicable, soit à un moment où les producteurs avaient déjà procédé à l'ensemencement et où ils ne pouvaient plus influencer sur le poids spécifique de la récolte (T.U.E., 15 novembre 2007, Hongrie/Commission, T-310/06, pts 68-69), ou qui abroge, sans mesure transitoire, des montants compensatoires instaurés pour éviter des perturbations dans les échanges de certains produits en raison de la fluctuation du taux de change applicable en ce qui concerne les opérateurs économiques qui ont engagé des opérations de façon irrévocable en considérant qu'ils obtiendraient ces montants (C.J.U.E., 14 mai 1975, CNTA, aff. 74/74, pts 41-45). Les juridictions européennes ont également sanctionné, au nom de la confiance légitime, d'autres comportements de la Commission, comme le fait, au stade de l'examen de la demande de paiement du solde d'un concours financier du Fonds social européen, de rejeter cette demande dans la mesure où certaines dépenses étaient prévues dans la demande de concours mais n'avaient pas été approuvées dans la décision d'agrément qui ne contenait qu'un résumé succinct des dépenses éligibles, sans que cela ait été communiqué au bénéficiaire (T.U.E., 14 juillet 1997, Interhotel, T-81/95, pts 49-59), ou le fait de ne pas se conformer à une de ses communications contenant la mention selon laquelle elle « est consciente du fait que la présente communication crée des attentes légitimes sur lesquelles se fonderont les entreprises souhaitant l'informer de l'existence d'une entente », cette mention ayant pu créer une confiance légitime dans l'application de la communication sur la coopération (C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a., aff. jtes C-189/02 P [...], pts 194-196).

¹³⁷ Dans une situation où les Communautés ont déposé leurs instruments d'approbation d'un accord international dont la date d'entrée en vigueur est connue, le Conseil qui adopte, dans la période qui précède cette entrée en vigueur, un acte contraire aux dispositions de cet accord international qui sont amenées à produire un effet direct dans le chef d'un opérateur économique viole la confiance légitime de cet opérateur (T.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94, pt 123).

¹³⁸ Tel est le cas d'une modification de la législation nationale qui prive un assujetti, avec effet rétroactif, d'un droit à déduction qu'il a acquis sur le fondement d'une directive ayant un effet direct (C.J.U.E., 8 juin 2000, Grundstücksgemeinschaft Schloßstraße,

3. La modification à portée générale

a) La modification européenne

34. — Si le principe de sécurité juridique requiert que les instances compétentes de l'Union adoptent des dispositions à caractère suffisamment général et stable que pour ne pas être affectées par une situation particulière¹³⁹, il ne condamne pas toute modification législative. Il subordonne néanmoins ses modalités à la prise en considération des situations particulières des destinataires de la règle et prévoit, le cas échéant, des adaptations à l'application des nouvelles règles juridiques¹⁴⁰. Lorsqu'un acte a été adopté, les institutions européennes doivent respecter son intangibilité et ne peuvent le modifier que dans le respect des règles de compétence et de procédure¹⁴¹. Selon le Tribunal, le principe de l'intangibilité de l'acte adopté par l'autorité compétente, « constitue un facteur essentiel de sécurité juridique et de stabilité des situations juridiques dans l'ordre communautaire, aussi bien pour les institutions communautaires que pour les sujets de droit qui voient leur situation juridique et matérielle affectée par une décision desdites institutions » et « seul, le respect rigoureux et absolu de ce principe permet d'acquérir la certitude que, postérieurement à son adoption, l'acte ne pourra être modifié que dans le respect des règles de compétence et de procédure et que, par voie de conséquence, l'acte notifié ou publié constituera une copie exacte de l'acte adopté, reflétant ainsi fidèlement la volonté de

C-396/98, pt 47) ou du droit dont il disposait antérieurement à ladite modification d'obtenir le remboursement de taxes perçues en violation de dispositions de cette même directive (C.J.U.E., 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, pt 47).

¹³⁹ C.J.U.E., 8 mars 2007, *Thomson e.a.*, aff. jtes C-447/05 et C-448/05, pt 36. Selon la Cour, « conformément à un principe commun aux systèmes juridiques des États membres, dont les origines peuvent être retracées jusqu'au droit romain, il y a lieu, en cas de changement de législation, d'assurer, sauf expression d'une volonté contraire par le législateur, la continuité des structures juridiques » (C.J.U.E., 25 février 1969, *Klomp*, aff. 23/68). Voy. également T.U.E., 27 septembre 2006, *Lantzoni/Cour de justice*, T-156/05, pt 103 ; C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Asda Stores*, C-372/06, pt 45.

¹⁴⁰ C.J.U.E., 29 avril 2004, *Gemeente Leusden e.a.*, C-487/01 et C-7/02, pt 81 ; 7 juin 2005, *VEMW e.a.*, C-17/03, pt 81 ; 10 septembre 2009, *Plantanol*, C-201/08, pt 49.

¹⁴¹ T.U.E., 27 février 1992, *BASF e.a.*, aff. jtes T-79/89, T-84/89-T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, pt 35 ; 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn*, T-229/94, pt 113 ; 25 mars 1999, *Forges de Clabecq*, T-37/97, pt 97.

l'autorité compétente¹⁴² ». Enfin, cette modification doit respecter les principes de respect des droits acquis¹⁴³ et de confiance légitime¹⁴⁴.

b) La modification nationale

35. — Le principe de sécurité juridique lie de la même façon le législateur national lorsqu'il adopte des modifications dans le champ du droit de l'Union¹⁴⁵. En ce sens, les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime s'opposent à ce qu'une modification de la législation nationale prive un assujetti, avec effet rétroactif, d'un droit à déduction qu'il a acquis sur le fondement du droit de l'Union¹⁴⁶. En revanche, une modification législative nationale, conforme à une directive qui laisse de larges pouvoirs d'appréciation aux autorités nationales, ne saurait en principe être considérée comme imprévisible et justifier à ce titre l'application du principe de confiance légitime¹⁴⁷.

4. La modification à portée individuelle

a) La modification européenne

36. — La modification la plus radicale que peut subir un acte à portée individuelle consiste évidemment en son retrait pur et simple. Les règles de base en la matière ont été énoncées par la Cour de justice dans son arrêt *Algera*. Il convient de distinguer trois hypothèses selon que l'acte litigieux est légal (i), illégal (ii) ou inexistant (iii).

¹⁴² T.U.E., 6 avril 1995, BASF/Commission, aff. jtes T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, pt 73.

¹⁴³ C.J.U.E., 22 décembre 2008, Centeno Mediavilla e.a., C-443/07 P, pts 61-62 et la jurispr. citée.

¹⁴⁴ C.J.U.E., 27 avril 1978, Stimming, aff. 90/77.

¹⁴⁵ C.J.U.E., 18 janvier 2007, Estager, C-359/05, pts 33-37.

¹⁴⁶ C.J.U.E., 8 juin 2000, Schlossstrasse, C-396/98, pts 44-47; 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00, pt 46.

¹⁴⁷ C.J.U.E., 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, pt 54.

i. L'acte légal

37. — Dans l'affaire *Algera*, des agents de l'Assemblée commune de la CECA avaient attaqué la décision de cette assemblée de retirer des arrêtés leur conférant certains droits. La Cour releva que la possibilité de retirer un acte individuel, générateur d'un droit subjectif, constituait un « problème de droit administratif, bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté, mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles ». Afin d'éviter de commettre un déni de justice, elle considéra qu'elle était obligée de résoudre ce problème en « s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres ». Après avoir fait une étude de droit comparé, la Cour se rallia à la solution retenue par les six États membres, selon laquelle un acte administratif légal conférant des droits subjectifs ne peut pas être retiré : « le droit subjectif étant acquis, la nécessité de sauvegarder la confiance dans la stabilité de la situation ainsi créée l'emporte sur l'intérêt de l'administration qui voudrait revenir sur sa décision¹⁴⁸ ». Selon une jurisprudence désormais constante, le retrait rétroactif d'un acte administratif légal qui a conféré des droits subjectifs ou des avantages similaires est contraire aux principes généraux du droit¹⁴⁹. Si elle ne l'a pas explicitement précisé, il ne fait pas de doute que la Cour vise la sécurité juridique parmi ces principes¹⁵⁰.

ii. L'acte illégal

38. — Dans son arrêt *Algera*, la Cour a également relevé que la possibilité de retirer un acte administratif illégal était admise par tous les États membres mais que les conditions de cette révocation différaient selon les systèmes juridiques. Suivant en cela les conclusions de son

¹⁴⁸ C.J.U.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.* p. 115-116.

¹⁴⁹ C.J.U.E., 22 septembre 1983, *Verli-Wallace*, aff. 159/82, pt 8 ; T.U.E., 27 mars 1990, *Chomel*, T-123/89, pt 34 ; 20 novembre 2002, *Lagardère*, T-251/00, pt 139. Il en va différemment si l'acte abrogé a été adopté sur la base d'indications fausses ou incomplètes fournies par les intéressés (C.J.U.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jtes 42 et 49/59, *Rec.* p. 103).

¹⁵⁰ Elle l'a confirmé plus récemment : C.J.U.E., 16 décembre 2010, *Athinaïki Techniki*, C-362/09 P, pt 70 (« eu égard aux exigences de [...] sécurité juridique [...], il doit être considéré [...] que la Commission ne peut procéder au retrait d'une décision [...] que pour réparer une illégalité affectant ladite décision [...] »). Voy. également T.U.E., 20 novembre 2002, *Lagardère*, T-251/00, pts 133-151.

avocat général, la Cour admit « le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins pendant un délai raisonnable¹⁵¹ ». Selon une jurisprudence désormais constante, un tel retrait ne peut avoir d'effet *ex tunc*, à savoir depuis son adoption, que si l'institution dont émane cet acte tient suffisamment compte de la confiance légitime du bénéficiaire de l'acte qui a pu se fier à la légalité de celui-ci¹⁵². Selon le tribunal, inspire une confiance digne de protection une décision qui présente toutes les caractéristiques d'un acte qui n'est entaché d'aucune erreur de nature à devoir susciter, chez un opérateur économique diligent, des doutes quant à sa légalité¹⁵³. Dans sa formulation la plus récente, la Cour estime que « les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime exigent que le retrait d'un acte illégal doit intervenir dans un délai raisonnable et qu'il doit être tenu compte de la mesure dans laquelle l'intéressé a éventuellement pu se fier à la légalité de l'acte¹⁵⁴ ». Enfin, le retrait *ex nunc* (abrogation) d'un acte illégal ne porte pas atteinte aux droits acquis¹⁵⁵ et le retrait d'un acte illégal non créateur de droits ne pose pas de problème au regard des principes de confiance légitime et de respect des droits acquis¹⁵⁶, même s'il fait grief au requérant¹⁵⁷.

¹⁵¹ C.J.U.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.* p. 115. En l'espèce, la Cour considéra que le retrait des arrêtés litigieux plus de six mois après leur adoption constituait un délai raisonnable.

¹⁵² C.J.U.E., 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo*, aff. 15/85, pts 12-17; 20 juin 1991, *Cargill*, C-248/89, pt 23; T.U.E., 26 janvier 1995, *De Compte*, aff. jtes T-90/91 et T-62/92, pt 35; 16 octobre 1996, *Efisol*, T-336/94, pt 34; 19 mars 1997, *Oliveira*, T-73/95, pt 42; C.J.U.E., 17 avril 1997, *De Compte*, C-90/95 P, pt 35; T.U.E., 5 décembre 2000, *Gooch*, T-197/99, pt 53; 20 novembre 2002, *Lagardère*, T-251/00, pt 140; C.J.U.E., 4 mai 2006, *Commission/Royaume-Uni*, C-508/03, pt 68. La Cour a eu quelques hésitations sur la question de l'effet *ex nunc* ou *ex tunc* du retrait (comp. C.J.U.E., 1^{er} juin 1960, *Simon*, aff. 15/60, p. 223; 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jtes 42 et 49/59, *Rec.* p. 103; 12 juillet 1962, *Hoogovens*, aff. 14/61, pts 3-6; 13 juillet 1965, *Lemmerz-Werke*, aff. 111/63, *Rec.* p. 835).

¹⁵³ T.U.E., 20 novembre 2002, *Lagardère*, T-251/00, pt 149; 12 mai 2010, *Bui Van*, T-491/08P, pt 45.

¹⁵⁴ C.J.U.E., 4 mai 2006, *Commission/Royaume-Uni*, C-508/03, pt 68. Dans le même sens, voy. T.U.E., 18 octobre 2011, *Reisenthel*, T-53/10, pt 40; C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Jager*, C-402/11 P, pt 59.

¹⁵⁵ C.J.U.E., 24 juin 1976, *Elz*, aff. 56/75, p. 1097.

¹⁵⁶ T.U.E., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais e.a.*, aff. jtes T-267/08 et T-279/08, pt 190.

¹⁵⁷ C.J.U.E., 16 décembre 2010, *Athinaïki Techniki*, C-362/09 P, pts 59-60.

iii. L'acte inexistant

39. — Amenée à se prononcer sur la question du retrait des actes administratifs irréguliers, la Cour a adopté la distinction entre acte inexistant et acte simplement illégal. Elle a défini les actes inexistants comme étant les actes qui, « affectés de vices particulièrement graves et évidents », ne pouvaient avoir produit aucun effet juridique¹⁵⁸. En raison de cette conséquence extrême, la Cour a néanmoins précisé que cette qualification devait, « pour des raisons de sécurité juridique manifestes¹⁵⁹ » être réservée à des « hypothèses tout à fait extrêmes¹⁶⁰ ». A notre connaissance, la Cour n'a eu l'occasion de déclarer un acte inexistant que dans un arrêt du 10 décembre 1957, en l'espèce un avis de la Haute Autorité qui ne contenait pas de motivation, soit un élément essentiel, voire constitutif de tout avis, conformément aux articles 5, 15 et 54 du traité CECA¹⁶¹. L'acte étant inexistant, la Cour jugea irrecevable à défaut d'objet le recours en annulation dirigé contre lui. Alors que le Tribunal avait jugé, le 27 février 1992, qu'une décision de la Commission était inexistante en raison des irrégularités de compétence et de forme affectant sa procédure d'adoption¹⁶², la

¹⁵⁸ C.J.U.E., 26 février 1987, *Conorzio Cooperative d'Abruzzo*, aff. 15/85, pt 10; 30 juin 1988, *Commission/Grèce*, aff. 226/97, pt 16; 27 octobre 1992, *Commission/Allemagne*, C-74/91, pt 10. La doctrine de l'acte inexistant constitue une exception au principe selon lequel les actes des institutions européennes jouissent d'une présomption de légalité et produisent, dès lors, des effets juridiques aussi longtemps qu'ils n'ont pas été retirés, annulés ou invalidés (C.J.U.E., 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, pt 48; 8 juillet 1999, *Chemie Linz*, C-245/92 P, pt 93; 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, C-475/01, pt 18).

¹⁵⁹ C.J.U.E., 26 février 1987, *Conorzio Cooperative d'Abruzzo*, aff. 15/85, pt 10.

¹⁶⁰ C.J.U.E., 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, pt 50; 8 juillet 1999, *Chemie Linz*, C-245/92 P, pt 95; 8 juillet 1999, *Hüls*, C-199/92 P, pt 86; 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, C-475/01, pt 20; T.U.E., 24 novembre 2010, *Marcuccio*, T-9/09 P, pt 37; 9 septembre 2011, *dm-drogerie markt*, T-36/09, pt 83; 22 novembre 2011, *mPAY24/OHMI*, T-275/10, pt 26; C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Commission/République tchèque*, C-37/11, pt 49. Dans un arrêt *Valverde*, le tribunal a ajouté qu'il fallait que l'acte litigieux « soit entaché d'une irrégularité grossière et évidente dont la gravité dépasse de loin celle d'une irrégularité "normale", provenant d'une appréciation erronée des faits ou d'une méconnaissance de la loi » (T.U.E., 27 juin 1991, *Valverde*, T-156/89, pt 85).

¹⁶¹ C.J.U.E., 10 décembre 1957, *Usines à tubes de la Sarre*, aff. 1/57 et 14/57, p. 201. Dans les autres affaires, la Cour a refusé de considérer que l'acte était inexistant (voy. les concl. de l'A.G. Sharpston dans l'aff. C-345/06, *Heinrich* et les réf. citées à la note 82; C.J.U.E., 18 octobre 2012, *Commission/République tchèque*, C-37/11).

¹⁶² T.U.E., 27 février 1992, *BASF e.a.*, aff. jtes T-79/89, T-84/89-T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89.

Cour estima que ces irrégularités n'apparaissaient pas d'une gravité à ce point évidente que ladite décision devait être regardée comme juridiquement inexistante¹⁶³.

b) La modification nationale

40. — Lorsque les États membres veulent modifier un acte national qui fait partie du champ d'application du droit de l'Union, ils doivent en respecter les principes généraux¹⁶⁴. En matière fiscale, la Cour a ainsi jugé que le principe de sécurité juridique s'opposait à ce que les droits et obligations des assujettis dépendent de faits, de circonstances ou d'événements qui se sont produits postérieurement à leur constatation par l'administration fiscale et donc que le statut d'assujetti puisse être retiré à une entreprise avec effet rétroactif¹⁶⁵. Plus problématique est la question de la modification de l'acte national requise par le droit de l'Union mais contestée par un État membre précisément en vertu des principes de sécurité juridique ou de confiance légitime. Selon une jurisprudence constante, les litiges relatifs à la récupération des fonds européens indûment versés doivent, en l'absence de dispositions européennes, être tranchés par les juridictions nationales, en application de leur droit national, sous réserve des limites qu'impose le droit de l'Union. La Cour a donc reconnu que ces principes généraux pouvaient être invoqués contre la récupération des aides indues, à condition que le destinataire ait été de bonne foi, que la législation nationale soit appliquée de façon à ne pas rendre pratiquement impossible la récupération exigée par le droit européen et que l'intérêt de l'Union ait pleinement été pris en considération¹⁶⁶.

41. — Plus complexe est la question de l'obligation faite aux États membres de remettre en cause des décisions administratives définitives

¹⁶³ C.J.U.E., 15 juin 1994, *Commission/BASF e.a.*, C-137/92 P, pt 52. Dans un cas similaire, le tribunal s'est rallié à la solution adoptée par la Cour (T.U.E., 6 avril 1995, *BASF/Commission*, aff. jtes T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89-T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, pts 122-124).

¹⁶⁴ C.J.U.E., 18 février 1982, *Zuckerfabrik*, aff. 77/81, pt 22-24.

¹⁶⁵ C.J.U.E., 29 février 1996, *INZO*, C-110/94, pt 21.

¹⁶⁶ C.J.U.E., 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. 205 à 215/82, pts 19 et 30; 20 septembre 1990, *Commission/Allemagne*, C-5/89, pts 13-19; 12 mai 1998, *Steff-Houlberg Export e.a.*, C-366/95, pt 36; 16 juillet 1998, *Oelmühle e.a.*, C-298/96, pt 24; 9 octobre 2001, *Flemmer e.a.*, aff. jtes C-80/99 à C-82/99,

« devenues » contraires au droit de l'Union en raison d'une décision de la Cour de justice. Dans son arrêt *Kühne & Heitz*, la Cour a estimé que le caractère définitif d'une décision administrative contribuait à la sécurité juridique et qu'il en résultait que le droit de l'Union n'exigeait pas qu'un organe administratif soit obligé de revenir sur une telle décision. Elle a cependant précisé que, dès lors qu'en l'espèce le droit national accordait à l'organe administratif le pouvoir de revenir sur la décision administrative définitive (1), que cette décision était devenue définitive en conséquence d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort (2), que cet arrêt avait été fondé sur une interprétation du droit européen jugée erronée par une jurisprudence de la Cour postérieure à cette décision sans que la Cour ait été saisie à titre préjudiciel (3) et que l'intéressé s'était adressé à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cette jurisprudence (4), l'organe administratif concerné était tenu de réexaminer la décision¹⁶⁷.

Section 2. — L'application de l'acte

A. Au niveau de l'Union

42. — S'il faut, en amont, que la législation soit claire, précise, certaine et accessible, le principe de sécurité juridique exige, en aval, que son application soit prévisible¹⁶⁸. Selon la Cour, cette application ne peut être prévisible, d'un point de vue temporel (1), que si la législation entre en vigueur postérieurement à son adoption (a) et si les situations juridiques établies, même illégales, ne sont plus remises en cause après l'écoulement d'une certaine période (b). D'un point de vue matériel, les

pts 58-63 ; 19 septembre 2002, Huber, C-336/00, pts 55-56 ; 21 juin 2007, Stichting ROM-projecten, C-158/06, pts 23-26 ; 13 mars 2008, VNOSW e.a., aff. jtes C-383/06 à C-385/06, pts 30-34 et 48-49.

¹⁶⁷ C.J.U.E., 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, pts 24 et 27. Voy. également C.J.U.E., 19 septembre 2006, I-21 Germany et Arcor, aff. jtes C-392/04 et C-422/04, pts 52 et 57 ; 12 février 2008, *Kempter*, C-2/06, pts 37-38 ; 43-44 et 55-60 ; 4 octobre 2012, *Byankov*, C-249/11, p. 51 et 77-82.

¹⁶⁸ C.J.U.E., 15 décembre 1987, Pays-Bas/Commission, aff. 326/85, pt 24 ; T.U.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria*, T-115/94, pt 124 ; 2 mars 2010, *Arcelor*, T-16/04, pt 198 ; C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Alcoa*, C-149/09P, pt 71 ; 16 février 2012, *Marcello Costa e.a.*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, pt 74 (« Le principe de sécurité juridique exige [...] que les règles de droit soient [...] prévisibles dans leurs effets »).

institutions doivent veiller à ce que l'application des actes de l'Union ne viennent pas surprendre leurs destinataires (2).

1. La dimension temporelle

a) La réglementation nouvelle

43. — De façon générale, et conformément à l'article 297 du TFUE, les actes législatifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le vingtième jour suivant leur publication¹⁶⁹. Ce délai est censé permettre aux destinataires de l'acte d'en prendre connaissance et d'adapter leur comportement en fonction des nouvelles dispositions. La Cour de justice considère néanmoins que cette liberté accordée au législateur n'exclut pas tout contrôle juridictionnel¹⁷⁰. En effet, un des « impératifs » du principe de sécurité juridique « exige que toute situation de fait soit normalement, et sauf indication expresse contraire, appréciée à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines¹⁷¹ ». Ce principe peut requérir des mesures transitoires lors de l'adoption d'une nouvelle réglementation (1), conditionne son application immédiate à une exigence de motivation (2) et prohibe en principe son application rétroactive (3).

¹⁶⁹ L'article 254 TCE disposait de façon similaire que les règlements et les directives entraient en vigueur le vingtième jour suivant leur publication, à défaut d'indication contraire.

¹⁷⁰ C.J.U.E., 13 décembre 1967, Max Neumann, aff. 17/67.

¹⁷¹ C.J.U.E., 12 octobre 1978, Belbouab, aff. 10/78, *Rec.* p. 1915; 14 février 2012, Toshiba, C-17/10, pt 50.

44. — (1) Les mesures transitoires. Le principe de sécurité juridique impose de se référer à l'état du droit en vigueur lors de l'application d'un texte légal¹⁷². Les autorités ont donc l'obligation d'adopter des mesures transitoires pour les situations nées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation mais non achevées dans leur évolution, lorsque les institutions européennes ont créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime et sauf si un intérêt public péremptoire s'y oppose¹⁷³. En tout état de cause, et sauf application exceptionnelle du principe de confiance légitime, le champ d'application de ce principe ne saurait être étendu jusqu'à empêcher l'application de la règle nouvelle aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure¹⁷⁴.

45. — (2) L'application immédiate. Même à défaut de situation préalable à l'adoption d'une nouvelle législation et susceptible d'engendrer une confiance légitime, on « ne pourrait, sans porter atteinte à un légitime souci de sécurité juridique, recourir sans motif au procédé de la mise en vigueur immédiate¹⁷⁵ ». Le principe de sécurité juridique requiert en effet que les destinataires de cette législation aient le temps de prendre leurs dispositions en conséquence.

¹⁷² C.J.U.E., 14 juillet 1971, Henck, aff. 12/71, pt 5.

¹⁷³ C.J.U.E., 14 mai 1975, CNTA, aff. 74/74, pt 44; 16 mai 1979, Tomadini, aff. 84/78, pt 20; 14 janvier 1987, RFA/Commission, aff. 278/84; 26 juin 1990, Sofrimport, C-152/88, pts 16 et 19; 17 juillet 1997, Affish, C-183/95, pt 57; 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pts 148-149; 17 septembre 2009, Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, pt 85; 14 octobre 2010, Nuova Agricast, C-67/09 P, pt 69.

¹⁷⁴ C.J.U.E., 16 mai 1979, Tomadini, aff. 84/78, pt 2; 5 mai 1981, Dürbeck, aff. 112/80, pt 48; 20 septembre 1988, Espagne/Commission, aff. 203/86, pt 19; 29 juin 1999, Butterfly Music, C-60/98, pt 25.

¹⁷⁵ C.J.U.E., 13 décembre 1967, Guisart, aff. 12/67; 13 décembre 1967, Neumann, aff. 17/67. Selon la Cour, « le but d'une application uniforme de l'acquis communautaire sur tout le territoire de l'Union exigeait l'application des mesures d'adaptation à partir du moment d'adhésion, même si ces mesures ont été prises postérieurement à ladite adhésion » (C.J.U.E., 2 octobre 1997, Parlement/Conseil, C-259/95, pt 22).

46. — (3) La non rétroactivité. Si l'application immédiate des nouvelles règles européennes peut poser problème en ce qu'elle ne laisse pas suffisamment de temps à leurs destinataires pour s'adapter, il en va *a fortiori* ainsi des dispositions rétroactives. Le principe de sécurité juridique s'oppose, de manière générale, à ce que les dispositions européennes aient un effet rétroactif, indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application rétroactive pourrait avoir pour leur destinataire¹⁷⁶. Encore convient-il de déterminer ce qui constitue une disposition « rétroactive ». Selon la Cour, tel est le cas d'une disposition dont la « portée dans le temps¹⁷⁷ » ou le « point de départ de l'application dans le temps¹⁷⁸ » est fixé à une date antérieure à sa publication. En outre, la Cour et le Tribunal opèrent une distinction entre les règles de procédure, qui sont censées s'appliquer également aux situations juridiques nées antérieurement à leur entrée en vigueur¹⁷⁹, et notamment aux litiges pendants¹⁸⁰ et les règles de fond qui, en principe, ne visent que les situations futures ainsi que les effets futurs d'une situation née sous l'empire de la règle ancienne¹⁸¹. Par conséquent, la Cour condamne la règle de fond qui vise des situations acquises antérieurement à son entrée en vigueur¹⁸², sauf lorsque la rétroactivité

¹⁷⁶ C.J.U.E., 29 janvier 1985, Duisburg, aff. 234/83, pt 20; T.U.E., 18 janvier 2000, Mehibas, T-290/97, pt 43; C.J.U.E., 18 avril 2002, Duchon, C-290/00, pt 21; 6 juillet 2006, Kersbergen-Lap e.a., C-154/05, pt 42.

¹⁷⁷ C.J.U.E., 9 janvier 1990, SAFA, C-337/88, pt 13.

¹⁷⁸ C.J.U.E., 22 décembre 2010, Bavaria, C-120/08, pt 40.

¹⁷⁹ C.J.U.E., 12 novembre 1981, Salumi e.a., aff. jtes 212/80 à 217/80, pt 9; 2 octobre 1997, Saldanha, C-122/96, pt 14; T.U.E., 28 janvier 2004, OPTUC, T-142/01 et T-283/01, pt 60; 3 mai 2007, Freistaat Sachsen, T-357/02, pt 94; 25 octobre 2007, SP e.a., aff. jtes T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 et T-98/03, pt 116.

¹⁸⁰ C.J.U.E., 9 mars 2006, Beemsterboer, C-293/04, pt 19 et la jurispr. citée.

¹⁸¹ C.J.U.E., 4 juillet 1973, Westzucker, aff. 1/73, pt 13; 15 février 1978, Bauche, aff. 96/77, pt 48; 25 octobre 1978, Koninklijke Scholten-Honig e.a., aff. 125/77, pt 37; 5 février 1981, P/Commission, aff. 40/79, pt 12; 18 avril 2002, Duchon, C-290/00, pt 21; 6 juillet 2006, Kersbergen-Lap e.a., C-154/05, pt 42 et la jurispr. citée; T.U.E., 3 mai 2007, Freistaat Sachsen, T-357/02, pt 97 et jurispr. citée. Lorsqu'un texte comporte des règles tant de procédure que de fond formant « un tout indissociable et dont les dispositions particulières ne peuvent être considérées isolément, quant à leur effet dans le temps », un effet rétroactif ne saurait être reconnu à ces dispositions à moins que des indications suffisamment claires conduisent à une telle conclusion (C.J.U.E., 12 novembre 1981, Salumi e.a., aff. jtes 212/80 à 217/80, pt 11-12).

¹⁸² C.J.U.E., 10 février 1982, Bout, aff. 21/81, pt 13; T.U.E., 11 juillet 2007, Centeno Mediavilla e.a., T-58/05, pt 60.

remplit certaines exigences. Les arrêts *Racke* et *Decker* ont établi les deux premières de ces conditions¹⁸³ :

Attendu que si, en règle générale, le principe de la sécurité des situations juridiques s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, il peut en être autrement, à titre exceptionnel, *lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée*¹⁸⁴.

Il résulte de cette formulation que le défaut d'existence de l'une suffit à condamner la règle de droit litigieuse. Ainsi, dans une affaire *Crispoltoni*, une variété de tabac italien, transplantée en champ avant la fin du mois d'avril 1988, était visée par deux règlements publiés les 29 avril et 26 juillet 1988 et imposant, en cas de dépassement d'une certaine quantité maximale de production, la réduction des prix d'intervention et des primes. Relevant que le but recherché par l'institution d'une quantité maximale garantie était de limiter toute augmentation de la production tabacole de la Communauté, la Cour constata que ce but ne pouvait pas être atteint en ce qui concernait la récolte de tabac concernée pour l'année 1988, la transplantation ayant déjà été effectuée. Elle décida par conséquent que la première condition n'était pas remplie et que les règlements critiqués étaient invalides en tant qu'ils visaient la récolte litigieuse¹⁸⁵. Peu après les arrêts *Racke* et *Decker*,

¹⁸³ Voy. également C.J.U.E., 12 novembre 1981, *Salumi e.a.*, 212/80 à 217/80, pt 10; 19 mai 1982, *Staple Dairy Products Ltd*, aff. 84/81, pt 12; 11 juillet 1991, *Crispoltoni*, C-368/89, pt 17; 1^{er} avril 1993, *Diversinte*, aff. jtes C-260/91 et C-261/91, pt 9; T.U.E., 29 juin 2000, *Medici Grimm*, T-7/99, pt 90; 3 mai 2007, *Freistaat Sachsen*, T-357/02, pt 94. Toutefois, aucune rétroactivité n'est permise en ce qui concerne des dispositions constituant la base juridique d'un acte et habilitant une institution à adopter l'acte en cause. Elles doivent être en vigueur au moment de l'adoption de cet acte (T.U.E., 25 octobre 2007, *SP e.a.*, aff. jtes T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 et T-98/03, pt 118 et la jurispr. citée).

¹⁸⁴ C.J.U.E., 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, pt 20 et *Decker*, aff. 99/78, pt 8 (nous soulignons).

¹⁸⁵ C.J.U.E., 11 juillet 1991, *Crispoltoni*, C-368/89, pts 18 et 20. Des mesures similaires mais adoptées en 1989 ne purent cependant être considérées comme étant imprévisibles, les opérateurs économiques devant cette fois s'attendre à ce que la quantité maximum garantie soit encore réduite pour la récolte 1989 (C.J.U.E., 26 mars 1998, *Odette Nikou Petridi*, C-324/96, pts 46-49). En revanche, le tribunal a jugé que le fait pour la Commission d'introduire un nouveau critère portant sur le poids spécifique du maïs douze jours avant qu'un règlement comportant des conséquences financières pour les producteurs de maïs ne soit applicable, soit à un moment où ceux-ci avaient déjà procédé à l'ensemencement et où ils ne pouvaient

la Cour a également exigé qu'il ressorte clairement des termes, finalités ou économie des nouvelles règles qu'un effet rétroactif doit leur être attribué, dès lors que celui-ci ne se présume pas¹⁸⁶. Au sujet d'une directive reportant la date d'entrée en vigueur d'une autre directive et ce, après que la date d'entrée en vigueur initialement prévue soit passée, la Cour considéra que la question de la validité d'un tel acte modificatif ne pourrait se poser que si la volonté d'enlever aux particuliers les remèdes juridiques conférés par l'acte initial apparaissait explicitement dans l'acte modificatif, ce qui n'était pas le cas¹⁸⁷. Elle a, par la suite, répété ces conditions qu'elle a présentées comme étant cumulatives¹⁸⁸.

La Cour a ainsi invalidé un règlement de la Commission du 2 octobre 1980, en tant qu'il fixait au 31 juillet 1980 la date à laquelle des contrats conclus entre des producteurs et des transformateurs de cerises douces devaient être transmis à l'organe national compétent,

plus influencer sur le poids spécifique de la récolte était assimilable au cas jugé dans *Crispoltoni* et empêchait l'application de ce règlement à cette récolte (T.U.E., 15 novembre 2007, Hongrie/Commission, T-310/06, pts 62-69).

¹⁸⁶ C.J.U.E., 12 novembre 1981, *Salumi e.a.*, 212/80 à 217/80, pt 9. Voy. également 10 février 1982, *Bout*, aff. 21/81, pt 13; 15 juillet 1993, *GruSa Fleisch*, C-34/92, pt 22; 24 septembre 2002, *Falck e.a.*, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, pt 119; T.U.E., 19 février 1998, *Eyckeler*, T-42/96, pt 55; 28 janvier 2004, *Euroagri/Commission*, T-180/01, pt 36; 3 mai 2007, *Freistaat Sachsen*, T-357/02, pt 94; C.J.U.E., 12 novembre 2009, *Elektrownia Pątnów II sp. Zoo*, C-441/08, pt 33; T.U.E., 10 novembre 2010, *Simoës Dos Santos*, T-260/09 P, pt 48. Voy. déjà C.J.U.E., 31 mars 1977, *Société pour l'exportation des sucres*, aff. 88/76, pt 17. Si, en principe, la rétroactivité doit être prévue explicitement, elle peut résulter du contenu de l'acte européen (C.J.U.E., 11 juillet 1991, *Crispoltoni*, C-368/89, pt 17; 29 avril 2004, *Gemeente Leusden e.a.*, aff. jtes C-487/01 et C-7/02, pt 59; 26 avril 2005, *Goed Wonen*, C-376/02, pt 33). En outre, les motifs de l'acte rétroactif doivent permettre à la Cour de contrôler en quoi la rétroactivité était justifiée par le but du règlement et si la confiance légitime des opérateurs concernés a été respectée, ce qui n'est pas le cas de la simple mention du fait qu'il convient d'éviter que « ne se développent des mouvements spéculatifs sur le produit » faisant l'objet d'un règlement (C.J.U.E., 1^{er} avril 1993, *Diversint*, aff. jtes C-260/91 et C-261/91, pts 12-13). Voy. également l'ordonnance de la Cour du 1^{er} février 1984, *Ilford*, aff. 1/84 R, pt 19.

¹⁸⁷ C.J.U.E., 22 février 1984, *Kloppenburger*, aff. 70/83, pt 12-13.

¹⁸⁸ C.J.U.E., 19 mars 2009, *Mitsui*, C-256/07, pt 32; 14 juillet 2011, *Bureau national interprofessionnel du Cognac*, aff. jtes C-4/10 et 27/1, pts 25-26; 19 juillet 2012, *Reichel-Albert*, C-522/10, pt 25. Voy. la formulation alternative retenue dans les arrêts du 24 septembre 2002 (*Falck*, C-74/00 P et C-75/00 P, pt 119), du 25 mars 2009 (*Anheuser-Busch*, T-191/07, pt 75); du 22 décembre 2010 (*Bavaria*, C-120/08, pt 40) et du 14 juillet 2011 (*Bureau national interprofessionnel du Cognac*, aff. jtes C-4/10 et C-27/10, pts 25-26).

cette transmission conditionnant *a posteriori* le bénéfice d'une aide à la transformation de ces fruits¹⁸⁹. De même, le Tribunal a jugé que le fait pour la Commission d'introduire un nouveau critère portant sur le poids spécifique du maïs douze jours avant qu'un règlement comportant des conséquences financières pour les producteurs de maïs ne soit applicable, soit à un moment où ceux-ci avaient déjà procédé à l'ensemencement et où ils ne pouvaient plus influencer sur le poids spécifique de la récolte, empêchait l'application de ce règlement à cette récolte¹⁹⁰. Enfin, lorsqu'une disposition nouvelle de droit matériel a pour objet d'expliciter des dispositions légales existantes, elle revêt alors un caractère essentiellement interprétatif, et il s'impose de l'appliquer à des situations acquises antérieurement à son entrée en vigueur. Même alors, la Cour vérifie que l'effet ainsi reconnu à cette disposition de droit matériel ne compromet pas les principes de sécurité juridique et de confiance légitime¹⁹¹.

47. — A l'instar du système juridique de la plupart des États membres, le principe de non-rétroactivité s'applique avec une force particulière en matière pénale¹⁹². La jurisprudence de la Cour de justice a, à cet égard, été fortement influencée par celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que tant le Tribunal¹⁹³ que la Cour de

¹⁸⁹ C.J.U.E., 14 juillet 1983, Meiko, aff. 224/82, *Rec.* p. 2539.

¹⁹⁰ T.U.E., 15 novembre 2007, Hongrie/Commission, T-310/06, pts 62-69. Voy. également C.J.U.E., 11 juillet 1991, Crispoltoni, C-368/89, pt 20-21. En revanche, dès lors que la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée n'épuise pas ses effets juridiques à la date de la signature de celui-ci, mais continue au contraire à produire régulièrement ses effets pendant toute sa durée, l'application d'une règle entrée en vigueur postérieurement à la conclusion de ce contrat ne saurait être considérée comme affectant une situation acquise (C.J.U.E., 29 janvier 2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, pts 51-53).

¹⁹¹ C.J.U.E., 9 mars 2006, Beemsterboer, C-293/04, pts 23-26. Si une disposition interprétative n'est pas rétroactive, il n'en va pas de même d'une interprétation qui n'a d'interprétatif que le nom. Ainsi, la Cour a jugé contraire au principe de sécurité juridique qu'une institution communautaire, auteur d'un acte comportant des implications financières, dont les termes et le contexte n'autorisent pas une interprétation restrictive, restreigne, par le biais d'une interprétation postérieure qualifiée d'authentique, la portée des dispositions pertinentes au détriment des bénéficiaires potentiels (C.J.U.E., 23 mars 1993, Weber, C-314/91, pts 22-23).

¹⁹² Pour un exemple célèbre, voy. C.J.U.E., 10 juillet 1984, Regina, aff. 63/83.

¹⁹³ Cf. art. 15.4 et 23.5 des règlements précités ; T.U.E., 6 octobre 1994, Tetra Pak, T-83/91, pt 235 ; 20 mars 2002, LR AF 1998, T-23/99, pt 220 ; 9 juillet 2003, Cheil JedangCorp, T-220/00, pts 43-44.

justice¹⁹⁴ considèrent que les amendes en droit de la concurrence n'ont pas de caractère pénal, ces juridictions ont néanmoins accordé un certain nombre de garanties de la Convention européenne des droits de l'homme aux entreprises impliquées dans de telles procédures. Selon la Cour, la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'article 7, § 1, de la Convention¹⁹⁵, qui consacre notamment le principe de légalité des délits et des peines, interprète le terme « loi » visé par cette disposition comme englobant le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle. Il en résulte qu'une nouvelle interprétation d'une norme établissant une infraction, dont le résultat n'était pas raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, est susceptible d'être qualifiée de rétroactivité prohibée¹⁹⁶. La Cour rappelle également que, en vertu de cette jurisprudence, la « notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires », cette notion ne s'opposant « pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les

¹⁹⁴ Voy. C.J.U.E., 18 septembre 2003, Volkswagen, C-338/00 P, pt 96, où la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 15, pt 4, du règlement n° 17, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du TCEE (*infra* le règlement n° 17), les amendes imposées par la Commission n'ont pas un caractère pénal. Cette jurisprudence est reprise dans l'article 23, § 5 du règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, qui a remplacé le règlement n° 17. *Contra*, voy. les concl. de l'avocat général Sharpston dans l'aff. C-272/09 P, KME Germany e.a., pts 61 et s.; C.E.D.H., Menari c. Italie, 27 septembre 2011, req. n° 43509/08, §38-45. Dans un arrêt relativement récent, la Cour semble envisager « l'hypothèse où les sanctions infligées par la Commission dans le cadre du droit de la concurrence devraient être considérées comme relevant de la "matière pénale" au sens de l'article 6 de ladite convention » (C.J.U.E., 17 juin 2010, Lafarge, C-413/08 P, pt 75). Selon les juridictions européennes, toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions doit, indépendamment de la qualification formelle d'« administrative » ou de « pénale », respecter les principes généraux du droit communautaire pour la protection des droits fondamentaux de l'individu (C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a., aff. jtes C-189/02 P [...], pt 202; T.U.E., 12 septembre 2007, Prym, T-30/05, pt 166).

¹⁹⁵ Sur cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. *infra*, n° 359.

¹⁹⁶ C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a., aff. jtes C-189/02 P [...], pts 215-218. Le tribunal précise que ce principe « s'impose tant aux normes de caractère pénal qu'aux instruments administratifs spécifiques imposant [...] des sanctions administratives » et qu'il « s'applique non seulement aux normes qui établissent les éléments constitutifs d'une infraction, mais également à celles qui définissent les conséquences qui découlent d'une infraction aux premières » (T.U.E., 8 octobre 2008, Schunk e.a., T-69/04, pt 29 et les réf. citées).

circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé », particulièrement en ce qui concerne les « professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier » et dont on peut attendre « qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte¹⁹⁷ ».

48. — Enfin, dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour a étendu la portée du principe de non rétroactivité aux lignes directrices de la Commission. Pendant les trente premières années d'application du règlement n°17, qui est le premier règlement relatif à l'abus de position dominante et aux ententes illicites¹⁹⁸, l'absence de directive claire guidant l'action de la Commission avait entraîné un nombre élevé de recours en annulation introduits par les entreprises à l'encontre de ses décisions¹⁹⁹. Dans un arrêt du 6 avril 1995, le Tribunal considéra qu'il était « souhaitable que les entreprises – afin de pouvoir arrêter leur position en toute connaissance de cause – puissent connaître en détail, selon tout système que la Commission jugerait opportun, le mode de calcul de l'amende qui leur a été infligée [par une décision de la Commission], sans être obligées, pour ce faire, d'introduire un recours juridictionnel contre [cette décision]²⁰⁰. » Faisant suite à cet appel, la Commission a adopté des lignes directrices de sa politique, notamment en matière de droit de la concurrence. Les juridictions européennes ont constaté que ces lignes directrices, sans constituer le fondement juridique des décisions de la Commission, permettaient néanmoins d'assurer la sécurité juridique des entreprises, dans la mesure où elles énoncent « une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont l'administration ne

¹⁹⁷ C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a, aff. jtes C-189/02 P [...], pt 219. Voy. notamment C.E.D.H., *Cantoni c. France*, 15 juin 1996, § 35 ; K.A. et A.D. c. Belgique, 17 février 2005, § 53.

¹⁹⁸ Voy. *supra*, la note 193.

¹⁹⁹ Concl. de l'avocat général Bot dans l'aff. C-76/06 P, *Britannia Alloys*, note 64.

²⁰⁰ T.U.E., 6 avril 1995, *Tréfilunion*, T-148/89, pt 142.

peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement²⁰¹ ».

b) L'action dans un délai raisonnable

49. — L'influence du principe de sécurité juridique sur l'application temporelle du droit de l'Union européenne se marque également au niveau du délai dans lequel doivent intervenir ses institutions, en particulier la Commission. Les textes ne prévoyaient à l'origine aucun délai limitant le pouvoir de la Commission d'infliger des amendes en cas d'infraction aux règles de la concurrence²⁰². Plusieurs entreprises, poursuivies plusieurs années après avoir commis une telle infraction, invoquèrent devant la Cour le fait que la Commission aurait dépassé tout délai raisonnable pour entamer une procédure à leur égard. Constatant le silence du législateur en la matière, la Cour rappela qu'un délai de prescription devait en principe être fixé à l'avance par le législateur mais que, « en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission

²⁰¹ C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a., aff. jtes C-189/02 P [...], pts 209-213. Voy. aussi C.J.U.E., 15 octobre 2002, Scanbox Entertainment, T-233/00, pt 30; T.U.E., 29 novembre 2005, Britannia Alloys, T-33/02, pt 70; C.J.U.E., 21 septembre 2006, JCB Services/Commission, C-167/04 P, pts 208-209; 8 février 2007, Groupe Danone, C-3/06P, pt 23; T.U.E., 7 novembre 2007, Allemagne/Commission, T-374/04, pts 111-112 et la jurispr. citée; 17 mai 2011, Arkema France, T-343/08, pt 99; 5 octobre 2011, Transcatab, T-39/06, pt 141; 16 novembre 2011, RKW SE, aff. jtes T-55/06 et T-66/06, pt 21; C.J.U.E., 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11, pt 28. Ces lignes directrices ne peuvent cependant pas lier la Cour elle-même (C.J.U.E., 14 mars 2006, Commission/France, C-177/04, pt 70; 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-109/08, pt 27; 7 juillet 2009, Commission/Grèce, C-369/07, pt 112; 17 novembre 2011, Commission/Italie, C-496/09, pt 37; 19 décembre 2012, Commission/Irlande, C-279/11, pt 77). La Cour précise que ces lignes directrices « énoncent une règle de conduite dont la Commission ne saurait se départir sous peine de se voir sanctionnée au titre d'une violation des principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement et la protection de la confiance légitime » (C.J.U.E., 19 mars 2009, Archer Daniels Midland, C-510/06 P, pt 60). Selon le Tribunal, les effets juridiques susceptibles d'être déployés par les lignes directrices découlent non pas d'une « normativité propre » mais de leur adoption et publication par la Commission (T.U.E., 27 septembre 2006, Archer Daniels Midland, T-329/01, pt 40).

²⁰² Voyez, depuis lors, le règlement n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (J.O.C.E., n° L 319, 1974, p. 1).

puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes²⁰³ ». Deux arrêts importants ont été rendus en ce sens. Dans un célèbre arrêt *Lorenz*²⁰⁴, la Cour de justice considéra que la Commission, dans son examen des projets d'aides d'État, devait faire diligence et prendre position dans un délai raisonnable qu'elle estima par analogie à deux mois²⁰⁵. Passé ce délai, l'État membre peut mettre le projet à exécution à condition que, pour des raisons de sécurité juridique, il en soit donné préavis à la Commission²⁰⁶. Sur la base cette fois du principe

²⁰³ C.J.U.E., 14 juillet 1972, ICI, aff. 48-69, pts 47-49; 14 juillet 1972, Geigy, aff. 52/69, pts 20-21; T.U.E., 24 avril 1996, Industrias Pesqueras Campos e.a., aff. jtes T-551/93, T-231/94-T-234/94, pt 119; C.J.U.E., 24 septembre 2002, Falck e.a., aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, pt 140; 29 avril 2004, Italie/Commission, C-372/97, pt 116; T.U.E., 1^{er} juillet 2004, Salzgitter, T-308/00, pt 161; C.J.U.E., 23 février 2006, Atzeni e.a., aff. jtes C-346/03 et C-529/03, pt 61; 22 avril 2008, Salzgitter, C-408/04 P, pt 100; T.U.E., 9 septembre 2009, Diputación Foral de Álava, aff. jtes T-30/01-T-32/01, T-86/02-T-88/02, pt 307. Dans le contentieux de la fonction publique, voy. T.U.E., 5 novembre 2002, Ronsse, T-205/01, pt 52. En matière disciplinaire, le tribunal a jugé que l'ouverture par la Commission d'une procédure disciplinaire plus de cinq ans après avoir découvert les faits litigieux constituait une violation flagrante du principe de sécurité juridique et de bonne administration et une violation des droits de la défense du requérant et, par conséquent, emportait l'irrégularité de cette procédure disciplinaire (T.U.E., 10 juin 2004, François, T-307/01, pt 54).

²⁰⁴ C.J.U.E., 11 décembre 1973, *Lorenz*, aff. 120/73. Ce délai a été repris par l'article 4.5. du règlement CE n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du TCE (*J.O.C.E.*, n° L 083 du 27 mars 1999 p. 1), qui se réfère explicitement à la jurisprudence de la Cour et n'est applicable que si le projet d'aide a été notifié de façon complète à la Commission et qu'il n'a pas fait l'objet de modifications successives de la part de l'État concerné (T.U.E., 15 décembre 1999, Freistaat Sachsen, aff. jtes T-132/96 et T-143/96, pt 214). Dans ses conclusions avant l'arrêt *Lorenz*, l'avocat général Reischl avait proposé que les aides notifiées deviennent des aides existantes à l'expiration d'un délai raisonnable qu'il déconseillait de fixer à l'avance (*Rec.* p. 1491-1492).

²⁰⁵ Soit les articles 173 et 175 du TCEE, 230 et 232 du TCE, et 263 et 265 du TFUE.

²⁰⁶ C.J.U.E., 11 décembre 1973, *Lorenz*, aff. 120/73, *Rec.* p. 1431. La Cour ne fonde pas explicitement sa solution sur le principe de sécurité juridique, bien que tant la juridiction nationale que la Commission l'aient suggéré comme fondement. Cet objectif de sécurité juridique résulte de la jurisprudence postérieure. Le tribunal a ainsi considéré que ce préavis n'a pas pour seule fonction de garantir que le projet d'aide soit mis à exécution de manière conforme, il répond également aux « exigences de la sécurité juridique » (T.U.E., 7 juin 2001, Agrana Zucker, T-187/99, pt 39). Selon la Cour, « en évaluant ainsi la durée maximale du délai à deux mois, la Cour a entendu éviter une insécurité juridique manifestement contraire à la finalité de la phase de préexamen des aides d'État [...], consistant à faire bénéficier l'État membre de la sécurité juridique nécessaire en le fixant rapidement quant à la compatibilité avec le traité d'une aide qui peut présenter un caractère d'urgence, serait

de confiance légitime, la Cour alla encore plus loin dans son arrêt *RSV*. Dans cette affaire, elle jugea que le retard pris par la Commission pour rendre une décision avait pu, en l'espèce, « fonder chez la requérante une confiance légitime » de nature à justifier l'annulation de cette décision²⁰⁷. Par la suite, le tribunal a consacré un principe général selon lequel la Commission doit, afin de « garantir la sécurité juridique et une protection juridictionnelle adéquate » prendre, en matière de politique de la concurrence, une décision dans un délai raisonnable²⁰⁸. Le Tribunal a ensuite généralisé cette règle, considérant que le principe de sécurité juridique faisait obstacle à ce que les institutions de l'Union « agissent sans aucune limite de temps, risquant ainsi, notamment, de mettre en péril la stabilité de situations juridiques acquises²⁰⁹ ».

2. L'application matérielle

50. — Lors de l'application de tout acte, les institutions européennes doivent veiller à ce que celle-ci soit prévisible pour ses destinataires. La Cour considère que la Commission ne peut opter pour une interprétation qui s'écarte du libellé du texte et, partant, ne s'impose pas, qui varie selon l'activité économique exercée, ou qui donne à une disposition un champ d'application plus étendu que celui assigné au

compromise si le délai était considéré comme indicatif » (C.J.U.E., 15 février 2001, Autriche/Commission, C-99/98, pt 71). La Cour a précisé que ce délai constituait un délai maximum impératif et pas indicatif (C.J.U.E., 20 mars 1984, Allemagne/Commission, aff. 84/82, pt 11; Espagne/Commission, 30 juin 1992, C-312/90, pt 32; 15 février 2001, Autriche/Commission, C-99/98, pts 72-74; T.U.E., 12 septembre 2007, Italie et Brandt Italia, aff. jtes T-239/04 et T-323/04, pts 88-89).

²⁰⁷ C.J.U.E., 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, pts 17-19. Sur cet arrêt, voy. *infra* n^{os} 104-106.

²⁰⁸ T.U.E., 22 octobre 1997, *SCK et FNK*, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, pt 55-56.

²⁰⁹ T.U.E., 5 octobre 2004, *Eagle*, T-144/02. Voy. aussi C.J.U.E., 12 décembre 1985, *Sideradria*, aff. 67/84, pt 21; T.U.E., 24 avril 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a.*, aff. jtes T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 et T-234/94, pts 76 et 119; C.J.U.E., 12 septembre 2000, *Commission/France*, C-276/97, pt 63; 5 mai 2011, *Ze Fu Fleischhandel*, aff. jtes C-201/10 et C-202/10; T.U.E., 12 juillet 2012, *Nanopoulos*, T-308/10 P, pt 76. Encore faut-il que la Commission ait disposé des éléments nécessaires pour prendre sa décision. En effet, le caractère raisonnable de la durée de l'examen d'une plainte doit s'apprécier en fonction des circonstances de chaque affaire et, notamment, du contexte de celle-ci, des différentes étapes procédurales et de la complexité de l'affaire (C.J.U.E., 14 février 1990, *France/Commission*, C-301/87; T.U.E., 10 avril 2003, *Département du Loiret*, T-369/00, pt 56; 9 septembre 2009, *Diputación Foral*, aff. jtes T-30/01-T-32/01, T-86/02-T-88/02, pt 297).

texte qui la contient²¹⁰. Cependant, lorsqu'une réglementation laisse aux institutions une certaine marge d'appréciation et que celles-ci l'utilisent sans expliquer en détail et à l'avance les critères qu'elles envisagent d'appliquer dans chaque situation concrète, le principe de sécurité juridique n'est pas violé²¹¹. En outre, le fait que la Commission a appliqué, dans le passé, des amendes d'un certain montant à certains types d'infraction ne saurait la priver de la possibilité d'élever celui-ci, voire de modifier ses méthodes de calcul dans les limites indiquées dans la réglementation communautaire, si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique de la concurrence²¹². Enfin, la Cour considère que la Commission, lorsqu'elle est confrontée à une aide individuelle octroyée en application d'un régime d'aides préalablement autorisé, doit vérifier d'abord si elle répond aux conditions de ce régime et, si tel est le cas, la traiter comme une aide autorisée sans l'examiner par rapport au traité. S'il en était autrement, les aides individuelles conformes à une décision d'approbation d'un tel régime pourraient à tout moment être remises en cause, ce qui constituerait une violation des principes de sécurité juridique et de confiance légitime²¹³.

B. Au niveau national

51. — Si la sécurité juridique doit être respectée par les États membres dans l'exercice de leurs pouvoirs dans le champ d'application du

²¹⁰ Voy. respectivement C.J.U.E., 15 janvier 1998, Mannesmann e.a., C-44/96, pt 34; 14 décembre 2000, Allemagne/Commission, C-245/97, pt 72; 26 avril 2007, Alevizos, C-392/05, pt 37.

²¹¹ C.J.U.E., 7 mai 1991, Nakajima, C-69/89, pt 118; 4 octobre 2006, Moser Baer India, C-300/03, pt 46.

²¹² C.J.U.E., 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a., aff. 100/80 à 103/80, pt 109; 2 octobre 2003, Aristrain, C-196/99 P, pt 81; 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a., aff. jtes C-189/02 P [...], pts 169-192.

²¹³ C.J.U.E., 5 octobre 1994, Italie/Commission, C-47/91, pts 24-25; T.U.E., 17 juin 1999, ARAP e.a., T-82/96, pt 72; 6 mars 2002, Territorio Histórico de Álava e.a., aff. jtes T-127/99, T-129/99 et T-148/99, pt 228; 27 novembre 2003, Regione Siciliana, T-190/00, pt 59; C.J.U.E., 10 mai 2005, Italie/Commission, C-400/99, pt 57. Voy. également T.U.E., 10 juillet 1990, Tetra Pak, T-51/89, pts 36-37. En revanche, quand la Commission a approuvé un régime général d'aides notifié par un État membre, elle peut, voire doit définir d'une façon abstraite des critères d'application afin de procéder ensuite, dans le respect des principes précités, à une évaluation uniforme et prévisible des demandes d'aides individuelles qui lui sont notifiées (T.U.E., 12 mai 1999, Moccia Irme e.a., aff. jtes T-164/96, T-165/96, T-166/96, T-167/96, T-122/97 et T-130/97, pts 248-249).

droit de l'Union²¹⁴, ils peuvent également invoquer ce principe à leur avantage. Selon la Cour, il ne saurait être considéré comme contraire au droit de l'Union que le droit national, en matière de retrait d'actes administratifs et de répétition de prestations financières indûment versées par l'administration publique, prenne en considération, en même temps que le principe de légalité, celui de sécurité juridique²¹⁵.

Section 3. — Le contrôle juridictionnel de l'acte

52. — Selon la Cour, le système des voies de recours instituées par le Traité s'inspire du principe de sécurité juridique²¹⁶. L'intervention des juridictions de l'Union requiert de distinguer plusieurs questions à l'aune de ce principe : la requête devant la Cour (A), la recevabilité du recours (B), la décision prononcée (C), l'exécution de cette décision (D) et la situation des juridictions nationales (E).

A. La requête devant la Cour

53. — Si l'exigence de clarté et précision s'impose aux institutions européennes ainsi qu'aux États membres, lorsque ces derniers interviennent dans le champ d'application du droit de l'Union, les juridictions considèrent qu'elle vise également les requérants qui leur adressent une requête, laquelle doit indiquer, notamment, l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués²¹⁷. En effet, « la

²¹⁴ C.J.U.E., 27 septembre 1979, Eridania, aff. 230/78, pt 31 ; 17 juillet 2008, Brescia, C-347/06, pt 48. Une réglementation de transposition ne peut être appliquée rétroactivement que si le but à atteindre l'exige et que la confiance légitime des justiciables est respectée (C.J.U.E., 15 juillet 2004, Gerekens, C-459/02, pt 24).

²¹⁵ C.J.U.E., 21 juin 2007, Stichting ROM-projecten, C-158/06, pts 25-26. Sur cette question, voy. *infra*, notamment n° 342. De même, les objectifs de légalité et de sécurité juridique peuvent constituer une « raison impérieuse d'intérêt général » permettant de justifier des restrictions aux libertés fondamentales (C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, Commission/Pays-Bas, C-157/09, pt 70. Voy. également les concl. de l'avocat général Maduro dans l'aff. C-347/06, Brescia, pt 48 et les réf. citées).

²¹⁶ C.J.U.E., 12 octobre 1978, Commission/Belgique, aff. 156/77, pt 23 ; 15 novembre 1983, Commission/France, aff. 52/83, pt 10.

²¹⁷ Et ce, en vertu de l'article 21, 1^{er} al., du statut de la Cour, applicable à la procédure devant le Tribunal conformément aux articles 53, 1^{er} al., du même statut, et 44, § 1,

sécurité juridique et une bonne administration de la justice », exigent à peine d'irrecevabilité du recours et pour permettre à l'autre partie de se défendre et à la juridiction de statuer, que les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels il se fonde ressortent d'une façon cohérente et compréhensible du texte de la requête²¹⁸. Dans un arrêt *Autosalone*, la Cour a jugé trop générale et imprécise l'allégation selon laquelle le Tribunal aurait méconnu... le principe de sécurité juridique²¹⁹.

B. La recevabilité du recours

54. — Selon la Cour, « l'admissibilité des recours doit être jugée au regard des besoins de la sécurité juridique, indispensable au bon fonctionnement des institutions communautaires²²⁰ ». Il convient de distinguer la situation en droit de l'Union (1) et en droit national (2).

1. En droit européen

55. — La sécurité juridique exige qu'un acte qui a des effets juridiques ne puisse plus être remis en cause après l'écoulement d'une certaine période. Ainsi que l'a relevé très tôt la Cour, « la sauvegarde de la sécurité des situations et rapports juridiques implique que l'existence des décisions des autorités communautaires régissant ces situations et rapports ne puisse être menacée indéfiniment, sauf en cas de motifs nouveaux et graves²²¹. » Tel est notamment l'objectif de la fixation de délais de prescription, qui correspondent à la nécessité d'éviter que la légalité des décisions soit mise en cause indéfiniment²²². Ces délais résultent

sous c), du règlement de procédure du Tribunal.

²¹⁸ T.U.E., 29 janvier 1998, *Dubois et Fils*, T-113/96, pt 29 et la jurispr. citée ; 7 février 2007, *Clotuche*, T-339/03, pt 133 ; 19 juillet 2007, *FG Marine SA*, T-360/04, pt 33 ; 17 janvier 2007, *Grèce/Commission*, T-231/04, pt 77 ; 11 juillet 2007, *Asklepios*, T-167/04, pt 40 ; 11 juillet 2007, *Schneider Electric*, T-351/03, pt 93 ; 15 décembre 2010, *Bianchin*, T-380/09, pt 17 ; 16 novembre 2011, *McLoughney*, T-484/09, pt 18.

²¹⁹ C.J.U.E., 12 décembre 2006, *Autosalone*, C-129/06 P.

²²⁰ C.J.U.E., 21 février 1974, *Kortner e.a.*, aff. jtes 15-33, 52-53, 57-109, 116-117, 132 et 135-137/73, pt 32.

²²¹ C.J.U.E., 15 décembre 1966, *Mosthaf*, aff. 34/65, p. 753.

²²² C.J.U.E., 8 mars 1960, *Allemagne/Haute Autorité*, aff. 3/59, *Rec.* p. 117 ; 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, p. 1989 ; 12 octobre 1978, *Commission/Belgique*, aff. 156/77, *Rec.* p. 1881 ; 27 octobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91, pt 22 ; T.U.E., 18 septembre 1997, *Mutual Aid Administration Services*, aff. jtes T-121/96 et T-151/96, pt 38 ; C.J.U.E., 14 septembre 1999, *AssiDomän*, C-310/97 P, pt 61 ; T.U.E.,

« d'un arbitrage entre les exigences de la sécurité juridique et celles de la légalité en fonction des circonstances historiques et sociales qui prévalent dans la société à une époque donnée », arbitrage qui « relève pour cette raison du choix du seul législateur²²³ ». En outre, ils doivent, pour remplir leur fonction de sécurité juridique, être fixés d'avance par le législateur européen, de manière claire et précise pour permettre à leurs destinataires d'apprécier en toute connaissance de cause l'importance qu'il y a pour eux à respecter ce délai²²⁴. Une application par analogie n'est donc, en principe, pas possible²²⁵. Enfin, ces délais de recours ont un caractère d'ordre public et ne peuvent pas être écartés en invoquant le principe de confiance légitime²²⁶. La Cour insiste sur l'importance

29 septembre 1999, *Evans e.a.*, aff. jtes T-148/98 et T-162/98, pt 29 ; 13 décembre 1999, *Sodima*, aff. jtes T-190/95 et T-45/96, pt 25 ; C.J.U.E., 16 mai 2000, *Preston e.a.*, C-78/98, pt 33 et la jurispr. citée ; 22 octobre 2002, *National Farmers Union*, C-241/01, pt 34 et la jurispr. citée ; T.U.E., 6 octobre 2005, *Sumitomo*, T-22/02, pt 81 ; 18 novembre 2005 (ord.), *Selmani*, T-299/04, pt 75. Ces délais ont « pour fonction de concilier la protection des droits de la personne lésée et le principe de sécurité juridique », en tenant compte « notamment du temps nécessaire à la partie prétendument lésée pour rassembler des informations appropriées en vue d'un recours éventuel et pour vérifier les faits susceptibles d'être invoqués au soutien de ce recours » (C.J.U.E., 18 juillet 2002 (ord.), *Autosalone*, C-136/01 P, pt 28 ; voy. également C.J.U.E., 28 octobre 2010, *SGS Belgium e.a.*, C-367/09, pt 68).

²²³ T.U.E., 6 octobre 2005, *Sumitomo Chemical*, T-22/02, pt 82. Par conséquent, le législateur ne peut se voir sanctionné par le juge en raison des choix qu'il opère concernant l'introduction de règles de prescription et la fixation des délais correspondants (*Ibid.*, pt 83).

²²⁴ C.J.U.E., 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma*, aff. 41/69, pts 19 et 20 ; 14 juillet 1972, *ICI*, aff. 48/69, pts 47-49 ; 14 juillet 1972, *Geigy*, aff. 52/69, pts 20-21 ; 26 mai 1982, *Allemagne/Commission*, aff. 44/81, pt 16 ; 24 septembre 2002, *Falck e.a.*, C-74/00 P et C-75/00 P, pt 140 ; T.U.E., 17 septembre 2003, *Stadtssportverband Neuss e.a.*, T-137/01, pt 123 ; C.J.U.E., 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-372/97, pt 116 ; T.U.E., 1^{er} juillet 2004, *Salzgitter*, T-308/00, pt 161 ; 6 octobre 2005, *Sumitomo*, T-22/02, pt 81 et la jurispr. citée. Comme le précise le tribunal, le principe de sécurité juridique exige donc, « dans l'intérêt des parties et des éventuels tiers intéressés, que, pour tout délai de forclusion, les points de départ et d'arrivée soient clairement déterminés et respectés de manière rigoureuse » (T.U.E., 6 décembre 2012, *Evropaiki Dynamiki*, T-167/10, pt 38).

²²⁵ T.U.E., 15 septembre 1998, *BFM et EFIM*, aff. jtes T-126/96 et T-127/96, pt 68 ; 17 septembre 2003, *Stadtssportverband Neuss e.a.*, T-137/01, pt 123 (« [...] en matière de prescription, une application par analogie de dispositions législatives étrangères au cas d'espèce n'est pas possible »).

²²⁶ T.U.E., 13 décembre 1999, *Sodima*, aff. jtes T-190/95 et T-45/96, pt 25 ; C.J.U.E., 18 janvier 2007, *PKK et KNK*, C-229/05 P, pt 106. Selon la Cour, leur application stricte répond notamment à l'exigence de la sécurité juridique (C.J.U.E., 7 juillet 1971, *Müllers*, aff. 79/70, pt 18 ; 12 juillet 1984, *Ferriera valsabbia*, aff. 209/83,

de leur respect, et ce dans les différentes voies de recours prévues par les traités.

56. — L'article 230 du TCE, devenu l'article 263 du TFUE, prévoit un délai de deux mois pour introduire un recours en annulation contre certains actes de l'Union, à partir de leur publication, de leur notification ou du jour où le requérant en a pris connaissance. Selon la Cour, « il résulte des termes mêmes de cette disposition, comme de son objet qui est d'assurer la sécurité juridique, que l'acte qui n'a pas été attaqué dans ce délai devient définitif », solution qui se justifie par la « nécessaire stabilité juridique²²⁷. » La légalité de ces actes peut cependant être remise en cause ultérieurement, soit en invoquant l'exception d'illégalité (277 TFUE), soit par le biais de la question préjudicielle (267 TFUE). Pour des raisons de sécurité juridique, la Cour a interprété ces exceptions de façon relativement stricte.

57. — L'article 241 du TCE, devenu l'article 277 du TFUE, disposait que, nonobstant l'expiration du délai de deux mois prévu pour le recours en annulation, toute partie pouvait, à l'occasion d'un litige mettant en cause un règlement de l'Union, invoquer son inapplicabilité devant la Cour de justice. La Cour a interprété la notion de « règlement » comme visant tout acte qui, s'il n'a pas la forme d'un règlement, produit des effets analogues²²⁸. Dans un arrêt du 10 juillet 2003, la Cour a confirmé que le destinataire d'une décision individuelle ou d'un règlement le visant individuellement et directement ne pouvait se prévaloir de l'article 241 du TCE mais elle a reconnu que toute partie, y compris

pt 14; 26 novembre 1985, Cockerill-Sambre, aff. 42/85, pt 10; 4 février 1987, Cladakis, aff. 276/85, pt 11; T.U.E., 17 juin 1998, Svenska, T-174/95, pt 50; 15 septembre 1998, European Night Services e.a., aff. jtes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, pt 76; 29 juin 2000, Politi/ETF, C-154/99 P, pt 15; C.J.U.E., 18 janvier 2007, PKK et KNK, C-229/05 P, pt 106; 18 septembre 2007 (ord.), Sellier, C-191/07 P, pt 7; 8 novembre 2007, Belgique/Commission, C-242/07 P, pt 16; 22 septembre 2011, Bell & Ross, C-426/10 P, pt 43 et 55; T.U.E., 5 juillet 2012, Grèce/Commission, T-86/08, pt 54).

²²⁷ C.J.U.E., 18 octobre 2007, Commission/Parlement et Conseil, C-299/05, pt 29. Voy. également C.J.U.E., 17 novembre 1965, Collotti, aff. 20/65, p. 1045. Cette solution est parfaitement transposable à l'article 263 TFUE.

²²⁸ C.J.U.E., 6 mars 1979, Simmenthal, aff. 92/78, pts 40-41. Les décisions individuelles étaient exclues, ce que la Cour justifiait par des raisons de sécurité juridique (C.J.U.E., 12 octobre 1978, Commission/Belgique, aff. 156/77, pt 23; 15 novembre 1983, Commission/France, aff. 52/83, *Rec.* p. 370). La question est dorénavant explicitement réglée par l'article 277 TFUE.

les institutions européennes et les États membres, pouvait invoquer cette disposition à l'égard d'un texte réellement normatif²²⁹. Cette conception généreuse a été compensée par une interprétation nettement plus restrictive de cette disposition, selon laquelle elle constituerait l'expression d'un « principe général » assurant à toute partie le droit de contester la validité de règlements ou d'actes ayant des effets analogues à condition qu'elle n'ait pas disposé du droit d'introduire, en vertu de l'article 230 TCE, un recours direct contre ces actes. La Cour excluait d'office, de la sorte, les institutions de l'Union et les États membres du recours à cette exception d'illégalité dès lors que leur intérêt à agir en annulation est présumé²³⁰.

58. — L'article 267 TFUE prévoit la possibilité pour les juridictions nationales dont les décisions n'ont pas été rendues en dernier ressort et l'obligation pour celles dont c'est le cas de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice en cas de question, principalement sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union²³¹. Si la Cour reconnaît que la validité d'un acte peut être mise en cause par le biais de la procédure préjudicielle, elle estime que cette procédure, qui répond aux besoins des juridictions nationales, « obéit à des finalités et à des règles différentes de celles qui président aux recours » en annulation et ne « saurait justifier une dérogation au principe de la forclusion découlant de l'expiration des délais de recours » sans, de la sorte, vider la disposition du traité relative au recours en annulation de sa signification juridique²³². Dans son arrêt *TWD*, la Cour a jugé que les mêmes exigences de sécurité juridique, qui justifient la forclusion en cas de dépassement d'un délai de recours, conduisent à exclure la possibilité, pour le bénéficiaire d'une aide jugée incompatible avec le marché intérieur par une décision

²²⁹ C.J.U.E., 10 juillet 2003, Commission/BCE, C-11/00.

²³⁰ C.J.U.E., 6 mars 1979, Simmenthal, aff. 92/78, pt 39 ; 26 mars 1987, Commission/Conseil, aff. 45/86, pt 3.

²³¹ Ex-article 177 TCEE, et 234 TCE. Sur ce mécanisme, sur lequel nous reviendrons plus tard (*infra*, nos 64 et 379), voy. notamment C. NAOMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, 2^e édition, Larcier, Bruxelles, 2010 ; L.-P. SUETENS et R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », in *La sécurité juridique*. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 36-38. L'article 256 TFUE prévoit que le Tribunal est compétent pour connaître des questions préjudicielles dans des matières spécifiques déterminées par le statut.

²³² C.J.U.E., 12 octobre 1978, Commission/Belgique, aff. 156/77, pt 24.

de la Commission, de remettre en cause la légalité de cet acte à défaut d'avoir introduit un recours en annulation dans le délai de deux mois prévu par le traité²³³. Par la suite, la Cour a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence à plusieurs reprises²³⁴. Dans un arrêt *Nachi* du 15 février 2001, elle l'a même étendue à certains actes à portée générale, considérant qu'une entreprise ne pouvait, à l'occasion d'un litige devant une juridiction nationale, remettre en cause à titre incident la validité d'un règlement fixant des droits antidumping dès lors qu'elle « aurait pu sans aucun doute en demander l'annulation en vertu de l'article 230 TCE » et ce, pour des motifs liés à la sécurité juridique²³⁵.

59. — Une logique comparable à celle de l'arrêt *TWD* a conduit le tribunal à considérer que le fait de permettre à un fonctionnaire, qui a laissé s'écouler les délais de contestation prévus aux articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires, de remettre en cause son rapport de notation à l'occasion d'un recours ultérieur, « serait inconciliable avec les principes régissant les voies de recours instituées par le statut et porterait atteinte à la stabilité de ce système ainsi qu'au principe de sécurité juridique dont

²³³ C.J.U.E., 9 mars 1994, *TWD*, C-188/92, pt 17.

²³⁴ Voy. C.J.U.E., 12 décembre 1996, *Accrington Beef e.a.*, C-241/95, pt 15 ; 30 janvier 1997, *Wiljo*, C-178/95, pts 20-21 ; 14 septembre 1999, *AssiDomän*, C-310/97 P, pt 61 ; 20 septembre 2001, *Banks*, C-390/98, pt 111 ; 22 octobre 2002, *National Farmers' Union*, C-241/01, pt 35 ; T.U.E., 27 septembre 2006, *Lantzoni*, T-156/05, pt 103 et la jurispr. citée). Sur la jurisprudence *TWD*, voy. *infra*, n^{os} 143 et 485.

²³⁵ C.J.U.E., 15 février 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, pts 37-38. Ces règlements présentent, selon la Cour, une double nature, « d'actes à caractère normatif et d'actes susceptibles de concerner directement et individuellement certains opérateurs économiques » (*ibid.*, pt 37). Voy. également les arrêts du 8 mars 2007, *Roquette Frères*, C-441/05, pt 40, du 2 juillet 2009, *Bavaria et Bavaria Italia*, C-343/07, pt 39, et du 29 juin 2010, *E & F*, C-550/09, pts 45-46. Dans son arrêt *Atzeni* du 23 février 2006, la Cour, après avoir rappelé les principes de l'arrêt *TWD*, a considéré que la question préjudicielle était recevable dès lors que la décision contestée portait sur des régimes d'aides destinées à des catégories de personnes définies de manière générale et non à des bénéficiaires expressément identifiés et qu'elle n'avait pas été notifiée à *Atzeni*. A la différence des circonstances à l'origine de l'arrêt *TWD*, relève la Cour, « il n'était pas manifeste qu'un recours en annulation à l'encontre de la décision contestée introduit par les bénéficiaires des quatre mesures d'aides aurait été recevable » (C.J.U.E., 23 février 2006, *Atzeni e.a.*, aff. jtes C-346/03 et C-529/03, pts 31-34). Dans un arrêt *Cassa di Risparmio di Firenze* du 10 janvier 2006, elle a jugé que sa jurisprudence *TWD* ne s'appliquait pas lorsque la question préjudicielle était posée d'office par la juridiction de renvoi (C-222/04, pt 73).

celui-ci s'inspire²³⁶ ». Ces délais, qui sont d'ordre public²³⁷, « ont pour but d'assurer au sein des institutions communautaires la sécurité juridique indispensable à leur bon fonctionnement » et « tiennent compte de la circonstance que, dans une administration, les décisions relatives à la situation d'un agent déterminé sont fréquemment susceptibles de se répercuter sur la position des autres fonctionnaires²³⁸ ».

60. — Il en va différemment en cas d'erreur excusable. Cette notion, « qui trouve sa source directement dans le souci du respect des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime » permet de déroger aux règles régissant les délais de recours dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque « l'institution concernée a adopté un comportement de nature, à lui seul ou dans une mesure déterminante, à provoquer une confusion admissible dans l'esprit d'un justiciable de bonne foi et faisant preuve de toute la diligence requise d'une personne normalement avertie²³⁹ ». Dans ce cas, « l'administration ne saurait, en effet, se prévaloir de sa propre méconnaissance des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, qui a été à l'origine de l'erreur commise par le justiciable²⁴⁰. » Il en va ainsi lorsque l'introduction tardive d'un recours est causée par la fourniture,

²³⁶ T.U.E., 27 septembre 2006, Lantzoni/Cour de justice, T-156/05, pt 103 et la jurispr. citée.

²³⁷ T.U.E., 25 septembre 1991, Lacroix, T-54/90, pt 24 ; T.U.E., 11 décembre 2007, Sack, T-66/05, pt 35.

²³⁸ C.J.U.E., 14 avril 1970, Theo Nebe, aff. 24-69, *Rec.* p. 145. Voy. également C.J.U.E., 12 juillet 1984, Moussis, aff. 227/83, *Rec.* p. 3146 ; 11 mars 1986, Hermanus Adams, aff. 294/84, *Rec.* p. 977 ; T.U.E., 25 septembre 1991, Lacroix, T-54/90, pt 24 ; 15 novembre 2001, Van Huffel, T-142/00, pt 28 ; 11 décembre 2007, Sack, T-66/05, pt 35. Le Tribunal considère que, dans un souci de sécurité juridique, d'égalité de traitement et de bonne administration, le point de départ du délai de trois mois prévu par l'article 90, § 2 du statut pour l'introduction d'une réclamation dirigée contre la décision de l'AIPN établissant la liste des fonctionnaires promus doit être fixé à la date de la prise de connaissance utile par le fonctionnaire de son dossier de promotion individuel (T.U.E., 19 octobre 2006, Buendía Sierra, T-311/04, pt 118).

²³⁹ T.U.E., 10 octobre 2006, Evropaïki Dynamiki, T-106/05, pt 57 et les réf. citées ; 15 septembre 2011, CMB Maschinenbau, T-407/07, pt 99. Voy. C.J.U.E., 15 décembre 1994, Bayer, C-195/91P, pts 25-26.

²⁴⁰ T.U.E., 27 septembre 2007, Pelle et Konrad, aff. jtes T-8/95 et T-9/95, pt 93 et les réf. citées ; 16 septembre 2009, Boudova e.a., T-271/08 P, pt 71 ; 8 juillet 2010, Sevenier, T-368/09 P, pt 57.

par l'institution concernée, d'informations erronées et de nature à créer une confusion admissible dans l'esprit d'un justiciable²⁴¹.

2. En droit national

61. — En l'absence de réglementation européenne, il appartient aux États de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, à condition de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité²⁴². Ce dernier principe ne s'oppose pas à la « fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés²⁴³ ». Des délais de prescription ou de forclusion ne sont, en effet, « pas de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire » mais doivent être fixés à l'avance pour remplir leur fonction de garantie de la sécurité juridique²⁴⁴. En application de cette jurisprudence, la Cour a considéré que le droit de l'Union ne s'opposait

²⁴¹ T.U.E., 10 octobre 2006, *Evropaïki Dynamiki*, T-106/05, pt 58.

²⁴² C.J.U.E., 2 décembre 1997, *Fantask*, C-188/95, pt 47 ; 9 février 1999, *Dilexport*, C-343/96, pt 25. Le principe d'équivalence requiert que les modalités procédurales nationales ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et le principe d'effectivité impose aux ordres juridiques nationaux de veiller à ce que leurs modalités procédurales de recours « ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire » (C.J.U.E., 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, pt 12 ; 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, pt 32).

²⁴³ C.J.U.E., 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, pt 5 ; 17 novembre 1998, *Aprile*, C-228/96, pt 18. Voy. aussi C.J.U.E., 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, pt 28 ; 15 septembre 1998, *Spac*, C-260/96, pt 19 ; 9 février 1999, *Dilexport*, C-343/96, pt 25 ; 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, pts 34-35 ; 24 septembre 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00, pt 34 ; 12 décembre 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, pts 75-79 ; 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, pt 32 ; 30 juin 2011, *Meilicke*, C-262/09, pt 56 ; 8 septembre 2011, *Q-Beef e.a.*, aff. jtes C-89/10 et C-96/10, pt 36 ; 18 octobre 2012, *Pelati*, C-603/10, pt 30.

²⁴⁴ C.J.U.E., 15 septembre 1998, *Spac*, C-260/96, pt 19 ; 17 novembre 1998, *Aprile*, C-228/96, pt 19 ; 9 février 1999, *Dilexport*, C-343/96, pt 25 ; 24 septembre 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00, pt 34. Voy. également C.J.U.E., 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, p. 1989 ; 17 juillet 1997, *Texaco*, aff. jtes C-114/95 et C-115/95, pt 46 ; 2 décembre 1997, *Fantask*, C-188/95, pt 48 ; 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, pts 32-33 ; 29 octobre 2009, *Pontin*, C-63/08, pt 48 ; 15 décembre 2011, *Banca Antoniana Popolare Veneta SpA*, C-427/10, pt 24. Les juridictions de l'Union ne semblent pas faire de distinction entre les notions de prescription et de forclusion (voy. notamment C.J.U.E., 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08, pts 41-46 ; 16 juillet

pas à l'application d'une règle nationale, en vertu de laquelle l'action judiciaire tendant à la restitution de droits perçus par l'autorité nationale en violation du droit européen se prescrit par cinq ans²⁴⁵, voire par trois ans²⁴⁶ à condition que soit respecté le principe d'équivalence²⁴⁷. La réduction d'un délai de forclusion est permise à condition que le nouveau délai fixé présente un caractère raisonnable et qu'un régime transitoire soit prévu²⁴⁸.

C. L'arrêt

62. — La prononciation d'un arrêt par les juridictions de l'Union suscite plusieurs questions importantes et complexes relatives aux enjeux de sécurité juridique, telles que l'interprétation des normes applicables (1), leur validité (2), la limitation dans le temps des effets des décisions (3) et l'autorité de chose jugée qui s'y attache (4).

1. L'interprétation

63. — Dès lors que les sujets de droit de l'Union doivent être en mesure de connaître avec certitude les règles qui leur sont applicables, la Cour de justice a mis au point plusieurs règles d'interprétation fondées sur le principe de sécurité juridique, considérant de façon générale qu'un

2009, Visciano, C-69/08, pts 42-46). Elles seront donc utilisées par la suite de façon interchangeable.

²⁴⁵ C.J.U.E., 17 juillet 1997, Haahr Petroleum, C-90/94, pt 53.

²⁴⁶ C.J.U.E., 9 novembre 1989, Bessin et Salson, aff. 386/87, pt 18 ; 15 septembre 1998, Spac, C-260/96, pt 19 ; 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00, pts 34-35. La Cour a même jugé conforme au droit de l'Union que les destinataires de droits issus d'une directive transposée tardivement disposent d'un délai d'un an pour les faire valoir, à partir de l'entrée en vigueur de l'acte de transposition qui met les bénéficiaires en mesure de connaître leurs droits (C.J.U.E., 10 juillet 1997, Palmisani, C-261/95, pt 27).

²⁴⁷ C.J.U.E., 15 septembre 1998, Edis, C-231/96, pt 39 ; 10 septembre 2002, Prisco e.a., aff. jtes C-216/99 et C-222/99, pt 70.

²⁴⁸ C.J.U.E., 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00, pt 38. A cette condition, n'est pas contraire au droit communautaire la substitution au délai ordinaire de prescription de dix ans d'un délai de forclusion de cinq ans puis de trois ans pour l'ensemble des actions en remboursement en matière douanière (C.J.U.E., 17 novembre 1998, Aprile, C-228/96, pt 34). Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 24 septembre 2002, Grundig Italiana, C-255/00, pt 35. Une période de transition de 90 jours précédant l'application rétroactive d'un délai d'action de trois ans remplaçant un délai d'action de dix ou de cinq ans est manifestement insuffisante (*ibid.*, pt 39).

texte de droit dérivé de l'Union « doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité, notamment, avec les principes généraux du droit de l'Union, et, plus particulièrement, avec le principe de la sécurité juridique²⁴⁹ ». Plus spécifiquement, la Commission doit favoriser une interprétation respectueuse du texte qu'elle applique. Elle ne peut dès lors opter pour un sens qui s'écarte du libellé de cette réglementation et, partant, ne s'impose pas²⁵⁰. Ensuite, il serait contraire au principe de sécurité juridique d'interpréter « de manière différente deux dispositions libellées de manière substantiellement identique et qui, au surplus, figurent dans le même article d'un règlement communautaire²⁵¹ ». Enfin, ce principe exige que le libellé d'une version déterminée du texte soit interprété selon le sens propre et usuel et que les questions qui se posent soient résolues, dans la mesure du possible, sans donner de préférence à l'une des versions linguistiques²⁵². Il peut cependant s'avérer nécessaire de supprimer des divergences linguistiques pour assurer l'interprétation uniforme du droit de l'Union requise par le principe de sécurité juridique²⁵³.

2. La validité

64. — Le mécanisme préjudiciel a « essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions

²⁴⁹ C.J.U.E., 1^{er} avril 2004, Borgmann, C-1/02, pt 30 ; 28 avril 2010, The Queen/M e.a., C-340/08, pt 64.

²⁵⁰ C.J.U.E., 14 décembre 2000, Allemagne/Commission, C-245/97, pts 71-74.

²⁵¹ C.J.U.E., 20 juin 2002, Thomsen, C-401/99, pt 35.

²⁵² C.J.U.E., 3 mars 1977, North Kerry Milk Products, aff. 80/76, p. 425 ; voy. également T.U.E., 9 septembre 2008, Allemagne/Commission, aff. jtes T-349/06, T-371/06, T-14/07, T-15/07 et T-332/07, pt 67.

²⁵³ C.J.U.E., 1^{er} mars 2007, Jan De Nul, C-391/05, pt 27. Sur le fait que l'interprétation uniforme du droit de l'Union est requise dans « l'intérêt de sécurité juridique », voy. C.J.U.E., 26 octobre 2006, Kibler, C-275/05, pt 22, et C.J.U.E., 3 octobre 2006, Bot, C-241/05, pt 41. Voy. également l'abondante jurisprudence de la Cour en matière de tarif douanier commun (notamment C.J.U.E., 18 juillet 2007, Olicom, C-142/06, pts 17 à 19 et la jurispr. citée) ou relative à la convention de Bruxelles I (notamment C.J.U.E., 19 février 2002, Besix, C-256/00, pt 24-25 ; 1^{er} mars 2005, Owusu, C-281/02, pts 38-41). Selon une jurisprudence constante, le principe de la sécurité juridique exige une « application uniforme dans tous les États membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour » dans le cadre de cette convention (C.J.U.E., 14 juillet 1977, Bavaria, aff. jtes 9/77 et 10/77, pt 4 ; 23 avril 2009, Draka, C-167/08, pt 25). Dans le même sens, voy. l'avis 1/76 de la Cour du 26 avril 1977 relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, pt 20.

nationales », exigence d'uniformité qui est « particulièrement impérieuse lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause ». Afin d'assurer cette uniformité, la Cour s'est donc arrogé le monopole de la déclaration d'invalidité du droit de l'Union, dès lors que « des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique²⁵⁴ ».

3. La limitation dans le temps des effets des arrêts

65. — Si la Cour de justice s'était initialement vue reconnaître par les traités la compétence de maintenir certains effets des règlements qu'elle annulait, elle a progressivement développé ce pouvoir en ce qui concerne les recours en annulation (a), avant de l'étendre au contentieux préjudiciel (b). Son extension prochaine aux recours en manquement et en responsabilité extra-contractuelle est probable (c) et elle a même envisagé la modulation dans le temps des effets de ses arrêts qui exigent l'écartement du droit national (d).

a) Les recours en annulation

66. — Les articles 174, 2^e alinéa, TCEE et 147, 2^e alinéa, du traité CECA, permettaient à la Cour, si elle déclarait fondé un recours en annulation dirigé contre un règlement, d'indiquer, si elle l'estimait nécessaire, ceux des effets de ses arrêts qui devaient être considérés comme définitifs. En se basant sur ces dispositions, la Cour a eu l'occasion soit de déclarer définitifs certains effets de la mesure attaquée²⁵⁵, soit de maintenir ces effets jusqu'à l'adoption d'une mesure valide dans

²⁵⁴ C.J.U.E., 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, pts 14-15; 15 avril 1997, Woodspring District Council, C-27/95, pts 19-20; 10 janvier 2006, International Air Transport, C-344/04, pt 27 et la jurispr. citée; 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, pt 47. Plus explicitement, la Cour a jugé que son monopole pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union avait « pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union » (C.J.U.E., 22 juin 2010, Melki, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, pt 54; 14 juin 2012, CIVAD, C-533/10, pt 40 et les réf. citées).

²⁵⁵ C.J.U.E., 3 juillet 1986, Conseil/Parlement, aff. 34/86, pts 48 et 49; 12 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-106/96, pt 42; 13 décembre 2001, Parlement/Conseil, C-93/00, pt 48; 11 septembre 2003, Autriche/Conseil, C-445/00, pt 103 à 106.

un délai raisonnable²⁵⁶, justifiant cette limitation par des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés²⁵⁷. Bien que l'article 174, devenu l'article 231 TCE, ne visait que les règlements, la Cour a jugé que « d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements », justifiaient qu'elle exerce le pouvoir conféré par cette disposition à l'égard d'une décision du Conseil ou de la Commission²⁵⁸. Les auteurs du traité de Lisbonne ont entériné cette jurisprudence et l'article 264, § 2 TFUE dispose désormais que « la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'*acte* annulé qui doivent être considérés comme définitifs²⁵⁹ ».

b) Les recours préjudiciels

67. — Aucune disposition analogue n'était prévue dans les traités pour les recours préjudiciels, tant en ce qui concerne les décisions en interprétation (i) que les décisions en validité (ii). Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'a pas davantage abordé la question.

i. La décision en interprétation

68. — Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, la réponse qu'elle donne à une question préjudicielle en ce qui concerne l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union « se limite à éclairer et à préciser la signification et la portée de celle-ci, telle qu'elle aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur²⁶⁰ ». Par conséquent, « un arrêt rendu à titre préjudiciel a une

²⁵⁶ C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, p. 575; 10 janvier 2006, Commission/Parlement et Conseil, C-178/03; 30 mai 2006, Parlement/Conseil, aff. jtes C-317/04 et C-318/04, pts 71-74; 3 septembre 2008, Kadi e.a., aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, pts 373-376.

²⁵⁷ C.J.U.E., 8 novembre 2001, Silos e Mangimi Martini, C-228/99, pt 36 et la jurispr. citée.

²⁵⁸ C.J.U.E., 7 mars 1996, Parlement/Conseil, C-360/93, pt 35; 12 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-106/96, pts 41-42; 28 mai 1998, Parlement européen/Conseil, C-22/96, pt 42; 6 novembre 2008, Parlement/Conseil, C-155/07, pt 87; T.U.E., 8 juin 2011, Bamba, T-86/11, pt 59.

²⁵⁹ Nous soulignons.

²⁶⁰ C.J.U.E., 20 septembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, pt 50; 15 mars 2005, Bidar, C-209/03, pt 66.

valeur non pas constitutive, mais purement déclarative, avec la conséquence que ses effets remontent, en principe, à la date de l'entrée en vigueur de la règle interprétée²⁶¹ » et doivent être appliqués « même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation²⁶² ». Les arrêts préjudiciels ont donc, en pratique, des effets rétroactifs. Selon le Tribunal, les mêmes considérations « s'appliquent *mutatis mutandis* aux institutions communautaires lorsque celles-ci sont, à leur tour, appelées à mettre en œuvre les dispositions de droit communautaire faisant l'objet d'une interprétation postérieure de la Cour²⁶³ ».

69. — Dans son célèbre arrêt *Defrenne II*, la Cour a accepté de reconnaître que les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle devaient être pesées avec soin, certaines pouvant avoir des conséquences particulièrement importantes pour certains opérateurs économiques. Les mêmes « considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés » que celles évoquées pour le recours en annulation l'amènèrent à limiter les effets de son arrêt aux revendications relatives à des périodes postérieures à sa prononciation, à l'exception des personnes ayant introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente²⁶⁴. La Cour précisa qu'on « ne saurait cependant aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé²⁶⁵ ». Par la suite, la Cour a insisté sur le fait que la limitation

²⁶¹ C.J.U.E., 23 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-455/08, pt 39.

²⁶² C.J.U.E., 10 juillet 1980, *Ariete*, aff. 811/79, pt 9. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 13 décembre 1983, *Lewis e.a.*, aff. 222/82, pt 38 ; 11 août 1995, *Rodens e.a.*, aff. jtes C-367/93 à C-377/93, pt 42 ; 3 octobre 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, pt 44 ; 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, pts 21-22 ; 17 février 2005, *Linneweber*, aff. jtes, C-453/02 et C-462/02, pt 42.

²⁶³ T.U.E., 12 février 2008, *BUPA e.a.*, T-289/03, pt 159 ; 10 février 2009, *Deutsche Post*, T-388/03, pt 113.

²⁶⁴ C.J.U.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, pts 72-74. Cette exception relative aux procédures en cours a été appliquée par la Cour à plusieurs reprises. Voy. notamment C.J.U.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. 41/84, pts 29-30 ; 10 mars 1992, *Lomas e.a.*, aff. jtes C-38/90 et C-151/90, pt 29 ; 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, C-415/93, pt 145 ; 4 mai 1999, *Sema Sürül*, C-262/96, pt 112.

²⁶⁵ C.J.U.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, pt 71.

des effets de ses arrêts dans le temps constituait une mesure exceptionnelle²⁶⁶, adoptée pour des raisons de sécurité juridique et afin d'éviter la remise en cause de relations juridiques établies de bonne foi²⁶⁷. Elle a même limité dans le temps les effets d'un revirement de sa propre jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt *Cabanis-Issarte* du 30 avril 1996, tout en modifiant sa jurisprudence constante relative à l'interprétation d'un règlement relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs et à leur famille, elle a jugé que des considérations impérieuses de sécurité juridique l'empêchaient de remettre en cause les situations « définitivement liquidées conformément à la jurisprudence constante antérieure de la Cour²⁶⁸ ». Il existe cependant une condition de recevabilité pour introduire une telle demande de modulation dans le temps. En effet, elle ne peut être admise que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée, dès lors qu'un moment unique de détermination des effets dans le temps permet, selon la Cour, de garantir l'égalité de traitement des États membres et des autres justiciables face au droit litigieux et de remplir les exigences découlant du principe de sécurité juridique²⁶⁹.

ii. La décision en validité

70. — Quelques années après l'arrêt *Defrenne II*, la Cour a recouru à un raisonnement par analogie afin de combler les lacunes des traités

²⁶⁶ C.J.U.E., 15 septembre 1998, Edis, C-231/96, pt 16 ; 13 février 1996, *Bautiaa*, aff. jtes C-197/94 et C-252/94, pt 47 ; 24 septembre 1998, *Commission/France*, C-35/97, pt 49 ; 12 octobre 2000, *Cooke*, C-372/98, pt 42 ; 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 74.

²⁶⁷ C.J.U.E., 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, aff. 61/79, pt 17 ; 23 mai 2000, *Buchner e.a.*, C-104/98, pt 39 ; 3 octobre 2002, *Barreira Pérez*, C-347/00, pt 45 ; 17 février 2005, *Linneweber*, aff. jtes C-453/02 et C-462/02, pt 43 ; 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, pt 66. Elle a précisé assez rapidement que « (l')exigence fondamentale d'une application uniforme et générale du droit communautaire implique qu'il appartient à la seule Cour de justice de décider des limitations intratemporelles à apporter à l'interprétation qu'elle donne » (C.J.U.E., 27 mars 1980, *Salumi e.a.*, aff. jtes 66, 127 et 128/79, pt 11).

²⁶⁸ C.J.U.E., 30 avril 1996, *Cabanis-Issarte*, C-308/93, p. I-02097, pt 47. Cependant, lorsqu'un arrêt ne comporte qu'une « précision de la jurisprudence » dans une matière, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de limiter ses effets dans le temps (C.J.U.E., 3 octobre 2006, *Cadman*, C-17/05, pt 43).

²⁶⁹ C.J.U.E., 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, pt 28 ; 16 juillet 1992, *Legros e.a.*, C-163/90, pt 30 ; 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, C-415/93, pt 142 ; 4 mai 1999, *Sürül*, C-262/96, pt 107 ; 9 mars 2000, *EKW*, C-437/97, pt 57 ; 17 juillet 2008,

relatives aux conséquences qui découlent d'une déclaration d'invalidité dans le cadre d'un recours préjudiciel. Selon elle, un tel raisonnement s'imposait « pour les mêmes motifs de sécurité juridique » que ceux qui sont à la base de la disposition relative au recours en annulation et justifiait qu'elle puisse modaliser dans les temps les effets de ces arrêts²⁷⁰. Poussant davantage le raisonnement, la Cour a, par la suite, maintenu les effets d'une disposition de l'Union déclarée invalide jusqu'à son remplacement par une règle valide²⁷¹. Lorsqu'elle apprécie l'opportunité d'une telle modulation des effets temporels de ses décisions, la Cour veille à ce que les intéressés « ne soient pas privés du droit à une protection juridictionnelle effective en cas de violation par les institutions de la légalité communautaire²⁷² » et tend donc à excepter de la

Krawczyk, C-426/07, pts 43-44; 23 octobre 2012, Nelson, aff. jtes C-581/10 et C-629/10, pt 91. Voy. déjà C.J.U.E., 27 mars 1980, Salumi e.a., aff. jtes 66, 127 et 128/79, pt 11; 10 juillet 1980, Mireco, aff. 826/79, pt 9. Dans l'arrêt *Meilicke* (6 mars 2007, C-292/04, pts 37-38), la Cour considéra qu'elle s'était déjà prononcée dans un arrêt *Verkooijen* (6 juin 2000, C-35/98) sur la question d'interprétation posée et rejeta donc la suggestion de l'avocat général Tizzano, qui avait proposé que la décision sorte ses effets à la date de ce dernier arrêt, à savoir la date à laquelle l'interprétation du droit communautaire était devenue évidente. Si la Cour semble réserver cette jurisprudence à ses arrêts préjudiciels, le tribunal l'a étendue aux recours en annulation (T.U.E., 12 février 2008, BUPA, T-289/03, pt 159; 10 février 2009, Deutsche Post, T-388/03, pt 113). Sur les autres conditions de la limitation dans le temps, voy. *infra* n^{os} 146-150.

²⁷⁰ C.J.U.E., 15 octobre 1980, Providence agricole de la Champagne, aff. 4/79, pts 44-46; 15 octobre 1980, Maïseries de Beauce, aff. 109/79, pts 42 à 46; 15 octobre 1980, Roquette Frères, aff. 145/79, pts 50 à 52. Quelques années plus tard, elle a défendu son monopole en la matière par « l'intérêt de l'application uniforme du droit de l'Union européenne dans l'ensemble de la Communauté » (C.J.U.E., 27 février 1985, Société des produits de maïs, aff. 112/83, pt 17).

²⁷¹ C.J.U.E., 29 juin 1988, Van Landschoot, aff. 300/86, pts 22-24. La Cour a procédé de même dans un arrêt du 22 décembre 2008 (Société Régie Networks, C-333/07, pts 121-128). Voy. également l'arrêt du 1^{er} mars 2011, Test-Achats ASBL, C-236/09, pts 33-34, dans lequel la Cour a décidé que l'invalidité même de la directive litigieuse, et non la possibilité de son invocation, ne prenait effet qu'à une date postérieure à l'arrêt.

²⁷² C.J.U.E., 8 février 1996, FMC e.a., C-212/94, pt 58.

limitation les requérants ainsi que les autres personnes qui ont introduit à cette date un recours équivalent²⁷³.

c) Les recours en manquement et en responsabilité extra-contractuelle

71. — Dans une affaire opposant la Commission à la Grèce, l'avocat général Alber avait suggéré de procéder au même type de raisonnement afin de permettre une limitation dans le temps des effets de ses arrêts dans le cadre des procédures en manquement. Sans exclure cette possibilité, la Cour n'a cependant pas tranché la question, considérant que le manquement n'était, en l'espèce, pas établi²⁷⁴. Ensuite, dans son arrêt du 7 juin 2007, elle a jugé que, « à supposer même que les arrêts rendus » dans le cadre d'un recours en manquement « aient les mêmes effets que ceux rendus » sur question préjudicielle, et que, partant, des considérations de sécurité juridique puissent rendre nécessaire la limitation de leurs effets dans le temps », il suffisait de constater en l'espèce que la Grèce n'était pas fondée à prétendre qu'il existait un risque de répercussions économiques graves au sens de sa jurisprudence²⁷⁵. La Cour a, par la suite, réitéré qu'elle n'excluait pas cette éventualité sans toutefois constater que les conditions étaient réunies²⁷⁶. Le tribunal semble également, quoiqu'à titre incident, avoir admis cette possibilité en matière de recours en responsabilité extra-contractuelle²⁷⁷.

d) Le droit national

72. — Dans un arrêt *Winner Wetten*, la Cour a envisagé l'extension de sa jurisprudence à des règles de droit national. Après avoir rappelé sa jurisprudence selon laquelle le maintien des effets d'un acte de l'Union

²⁷³ Voy. notamment C.J.U.E., 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*, C-333/07, pt 127. La Cour n'a pas retenu cette exception dans son arrêt *Test-Achats*, malgré la demande formulée par son avocat général (C.J.U.E., 1^{er} mars 2011, *Test-Achats ASBL*, C-236/09).

²⁷⁴ C.J.U.E., 12 septembre 2000, *Commission/Grèce*, C-260/98 et les concl. de l'avocat général Alber. Dans le même sens, voy. déjà C.J.U.E., 24 septembre 1998, *Commission/France*, C-35/97, pt 49.

²⁷⁵ C.J.U.E., 7 juin 2007, *Commission/Grèce*, C-178/05, pt 67 et les concl. de l'avocat général Kokott. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 19 mars 2002, *Commission/Grèce*, C-426/98, pt 42 ; 25 octobre 2012, *Commission/Belgique*, C-387/11, pt 90.

²⁷⁶ C.J.U.E., 19 mars 2009, *Commission/Finlande*, C-10/08, pt 59 ; 29 septembre 2011, *Commission/Irlande*, C-82/10, pts 63-64 et la jurispr. citée.

²⁷⁷ T.U.E., 12 juillet 2007, *Eagle*, T-144/02, pt 95 ; 12 juillet 2007, *Sanders e.a.*, T-45/01, pt 96.

annulé ou invalidé peut se justifier en présence de considérations impérieuses de sécurité juridique, elle a prudemment estimé que, « à supposer même que des considérations similaires à celles sous-jacentes à ladite jurisprudence [...] soient de nature à conduire, par analogie et à titre exceptionnel, à une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci, une telle suspension, dont les conditions ne pourraient être déterminées que par la seule Cour²⁷⁸ ». Elle a cependant considéré que l'affaire qui lui était soumise ne justifiait pas une telle exception.

4. L'autorité de la chose jugée

73. — Selon la Cour, le principe de l'autorité de chose jugée, qui s'oppose à ce que soient remises en cause des décisions juridictionnelles définitives, constitue une expression du principe de sécurité juridique²⁷⁹, que ce soit au niveau européen (a) ou national (b).

a) Au niveau européen

74. — L'autorité de la chose jugée s'attachant à une décision d'une juridiction européenne est susceptible de faire obstacle à la recevabilité d'un recours si cette décision a opposé les mêmes parties, a porté sur le même objet et a été fondé sur la même cause²⁸⁰. Lorsqu'un arrêt prononce l'annulation d'un acte, celui-ci disparaît rétroactivement à l'égard de tous les justiciables, ce qui lui confère l'autorité absolue de

²⁷⁸ C.J.U.E., 8 septembre 2010, Winner Wetten, C-409/06, pts 66-67. Sur l'arrêt de la Cour du 28 février 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL (C-41/11), voy. *infra*, n° 484.

²⁷⁹ C.J.U.E., 1^{er} juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, pt 46.

²⁸⁰ C.J.U.E., 19 septembre 1985, Hoogovens, aff. jtes 172/83 et 226/83, pt 9; T.U.E., 24 avril 2007, Koldo Gorostiaga (ord.), T-132/06. Pour une autre formulation, voy. T.U.E., 12 décembre 1996, Altmann e.a., aff. jtes T-177/94 et T-377/94, pts 50-52). En ce qui concerne l'objet du recours au regard de l'identité des actes attaqués, un acte « bénéficie de l'autorité de la chose jugée » dans la mesure où il « constitue une répétition pure et simple » de la partie non annulée d'un acte antérieur frappé d'annulation partielle, de sorte qu'un recours exercé contre lui est irrecevable (C.J.U.E., 16 février 1965, Barge, aff. 14/64, *Rec.* p. 11). L'appréciation sur des points de fait et de droit est revêtue définitivement de l'autorité de la chose jugée, dès lors qu'ils ont été effectivement ou nécessairement tranchés par un arrêt et que, le cas échéant, ils ne sont pas affectés par l'annulation partielle de cet arrêt (T.U.E., 1^{er} juillet 2008, Compagnie maritime belge, T-276/04, pt 56 et jurispr. citée; C.J.U.E., 16 juillet 2009, Schneider Electric, C-440/07 P, pt 102).

la chose jugée et fait obstacle à ce que les questions de droit qu'il avait réglées soient à nouveau soumises au juge européen. Cette autorité ne s'étend pas seulement au dispositif de l'arrêt mais également à ses motifs qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et en sont, de ce fait, indissociables²⁸¹.

b) Au niveau national

75. — Sur le plan national, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur ce principe qui est fondamental dans la plupart des États membres de l'Union, notamment lorsqu'une décision juridictionnelle se trouvait être en contradiction avec le droit de l'Union. Dans son arrêt *Ecoswiss* du 1^{er} juin 1999, elle a considéré que des règles de procédure nationales qui limitent la possibilité de remettre en cause une décision juridictionnelle – arbitrale en l'espèce – devenue définitive après un certain délai « se justifient par les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que ceux de la sécurité juridique et du respect de la chose jugée *qui en constitue l'expression* ». Ces règles ne sont pas contraires au droit de l'Union dans la mesure où le délai qu'elles instaurent ne rend pas excessivement difficile ou en pratique impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union²⁸². Trois ans plus tard, dans son arrêt *Köbler*, la Cour a reconnu de façon positive l'existence du principe de l'autorité de chose jugée, en déclarant que, « en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause²⁸³ ».

D. L'exécution d'un arrêt

76. — Les exigences de la sécurité juridique vont jusqu'à s'étendre aux modalités d'exécution d'un arrêt de la Cour ou du Tribunal. Selon

²⁸¹ C.J.U.E., 1^{er} juin 2006, P & O European Ferries, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P, pts 41-44.

²⁸² C.J.U.E., 1^{er} juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, pts 44-48 (nous soulignons).

²⁸³ C.J.U.E., 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01, pt 38. Dans son arrêt Kapferer du 16 mars 2006, la Cour a confirmé l'importance qu'elle accordait au principe

la Cour, ces exigences requièrent que, à la suite d'un arrêt déclarant invalide une disposition de l'Union, le législateur européen apporte les modifications formelles permettant de clarifier la réglementation en supprimant cette disposition et les références à celle-ci²⁸⁴. L'exécution d'un arrêt d'annulation doit avoir lieu dans un délai raisonnable, à évaluer selon les mesures à prendre et les circonstances de l'espèce²⁸⁵. En matière de recours en manquement dirigé contre un État membre qui n'a pas exécuté un arrêt de la Cour, celle-ci considère que, si le traité « ne précise pas le délai dans lequel l'exécution d'un arrêt doit intervenir, il résulte d'une jurisprudence constante que l'intérêt qui s'attache à une application immédiate et uniforme du droit communautaire exige que cette exécution soit entamée immédiatement et qu'elle aboutisse dans des délais aussi brefs que possible²⁸⁶ ».

E. Les juridictions nationales

77. — En tant qu'organes nationaux, les juridictions nationales sont soumises aux mêmes obligations que les autres autorités. Il leur incombe notamment « d'assurer le respect du principe de la sécurité juridique lors de l'interprétation, à la lumière du texte et de la finalité

de l'autorité de chose jugée en tant qu'il répond à l'exigence de stabilité des décisions juridictionnelles devenues définitives et de bonne administration de la justice et à condition qu'il respecte les principes d'équivalence et d'effectivité (C.J.U.E., 16 mars 2006, Kapferer, C-234/04, pts 20-23). Dans le même sens, voy. T.U.E., 1^{er} juillet 2008, Compagnie maritime belge, T-276/04, pt 55 ; 7 juin 2007, IMS (ord.), T-346/06 R, pt 81 ; C.J.U.E., 3 septembre 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, pts 22-24 ; 6 octobre 2009, Asturcom, C-40/08, pts 40-42.

²⁸⁴ C.J.U.E., 8 novembre 2007, Fratelli Martini et Cargill (ord.), C-421/06, pt 56. Dans un litige relatif au déroulement irrégulier des élections en vue de la constitution du comité du personnel du Parlement européen, la Cour a jugé que la décision de refus de reconnaître ce caractère irrégulier et de retirer le mandat au comité du personnel élu dans ces conditions devait être annulé et qu'il conviendrait de veiller à ce que les mesures à prendre par le Parlement en exécution de cet arrêt « soient conformes aux exigences de la sécurité juridique » (C.J.U.E., 9 mars 1977, de Dapper e.a., aff. 54/75, *Rec.* p. 471).

²⁸⁵ T.U.E., 19 mars 1997, Oliveira, T-73/95, pt 41 et la jurispr. citée (le grief était pris d'une « violation du principe de la sécurité juridique, sous la forme du non-respect d'un délai raisonnable »).

²⁸⁶ C.J.U.E., 9 décembre 2008, Commission/France, C-121/07, pt 21. Voy. également C.J.U.E., 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C-278/01, pt 27 et jurispr. citée.

d'une directive, du droit national adopté en vue d'exécuter celle-ci²⁸⁷ ». Il leur appartient également d'assurer une application uniforme du droit de l'Union, le cas échéant en saisissant la Cour de justice de questions préjudicielles²⁸⁸. En outre, la Cour a jugé que les juridictions nationales, lorsqu'elles se prononcent sur des situations qui peuvent encore faire l'objet d'une décision de la Commission, doivent éviter de prendre des décisions qui vont à l'encontre d'une décision envisagée par celle-ci, afin de ne pas violer le principe général de sécurité juridique²⁸⁹. Il en va *a fortiori* de même, et pour les mêmes motifs, lorsque les juridictions nationales se prononcent sur des accords ou pratiques anticoncurrentielles, visés par les ex-articles 81 et 82 du TCE²⁹⁰, qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission²⁹¹. Par ailleurs, lorsque la Cour est amenée à déclarer invalide un acte d'une des institutions, des « exigences particulièrement impérieuses de sécurité juridique » requièrent qu'une juridiction nationale n'applique plus l'acte déclaré invalide, sous peine de « créer à nouveau de graves incertitudes en ce qui concerne le droit communautaire applicable²⁹² ». Enfin, l'obligation pour le juge national d'interpréter les dispositions nationales à la lumière du droit de l'Union trouve ses « limites dans les principes généraux de droit

²⁸⁷ C.J.U.E., 22 novembre 2005, Grøngaard et Bang, C-384/02, pt 29. L'obligation pour le juge national de se référer au droit de l'Union « lorsqu'il interprète et applique les règles pertinentes du droit interne trouve ses limites dans les principes généraux du droit, notamment dans ceux de sécurité juridique ainsi que de non-rétroactivité, et elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national » (C.J.U.E., 23 avril 2009, Kiriaki Angelidak e.a., aff. jtes C-378/07 à C-380/07, pt 199; 16 juillet 2009, Mono Car Styling SA/Odemis, C-12/08, pt 61; 24 juin 2010, Sorge, C-98/09, pt 52; 10 mars 2011, Kumpan, C-109/09, pt 54; 28 juin 2012, Caronna, C-7/11, pt 52).

²⁸⁸ T.U.E., 24 janvier 1995, Tremblay e.a., T-5/93, pt 81. Sur le monopole de la Cour en matière de déclaration d'invalidité, voy. *supra* n° 64. Sur un plan plus technique, la Cour a jugé que le traité ne s'opposait pas à ce que les décisions d'une juridiction qui saisit la Cour à titre préjudiciel restent soumises aux voies de recours du droit interne mais a cependant précisé que, « dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité juridique », elle devait s'en tenir à la décision de renvoi, qui doit produire ses effets tant qu'elle n'a pas été rapportée ou modifiée par la juridiction qui l'a rendue (C.J.U.E., 16 décembre 2008, Cartesio, C-210/06, pts 96-97).

²⁸⁹ C.J.U.E., 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, pt 47.

²⁹⁰ Actuels articles 101 et 102 TFUE.

²⁹¹ C.J.U.E., 14 décembre 2000, Masterfoods, C-344/98, pts 51-52.

²⁹² C.J.U.E., 13 mai 1981, International chemical corporation, aff. 66/80, *Rec.* p. 1191; 27 février 1985, Société des produits de maïs, aff. 112/83, pt 16.

qui font partie du droit communautaire, et notamment dans ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité²⁹³ ».

Conclusion du premier chapitre

78. — Une idée-force semble inspirer l'ensemble de ces occurrences de la sécurité juridique : le droit de l'Union doit assurer la *certitude* des situations juridiques. Ses règles doivent être précises, claires, stables et accessibles pour que leurs destinataires connaissent, préalablement et sans ambiguïté, leurs droits et obligations et le moment de leur exigibilité. Dès lors qu'ils vont prendre leurs dispositions en conséquence, il convient que l'application de ces règles soit certaine et prévisible. Il en résulte, pour les autorités en charge de la norme, des obligations conséquentes en termes de l'intervention normative dans le temps. La rétroactivité se voit, en principe, interdite et des mesures transitoires sont requises lorsque la situation antérieure a créé une confiance légitime dans le chef des sujets de droit. Dans certains cas, la latitude laissée au législateur et aux autorités administratives est limitée par la protection que la sécurité juridique garantit aux droits acquis et l'exigence d'intervenir dans un délai raisonnable. Les juges européens eux-mêmes, en partant du traité et du principe de sécurité juridique, ont accepté de limiter les effets de certains de leurs arrêts afin de préserver les situations et relations juridiques qu'ils seraient susceptibles d'affecter. En définitive, l'examen qui précède démontre l'emprise théorique du principe. Il n'est pas une étape de l'itinéraire d'un acte juridique de l'Union qu'il n'encadre, d'une façon ou d'une autre. Il apparaît également comme un principe « fédérateur » ou « matriciel²⁹⁴ », dont dérivent des principes aussi importants que ceux du respect des droits acquis et de la protection de la confiance légitime, de non-rétroactivité ou de respect de l'autorité de chose jugée. Une seconde idée-force parcourt, de façon plus discrète, cette jurisprudence : le droit de l'Union doit également

²⁹³ C.J.U.E., 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, pt 13.

²⁹⁴ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 188.

protéger la *confiance* qu'il a suscité chez les sujets de droit. Nous y reviendrons.

79. — Malgré ses facettes multiples, le discours des juridictions de l'Union relatif au principe de sécurité juridique semble présenter une certaine cohérence. Une lecture rapide de notre premier chapitre n'aura sans doute pas fait trop sourciller le lecteur, voire aura suscité l'approbation du juriste européen, à tout le moins continental. La multiplicité paraît s'ordonner de façon relativement harmonieuse autour d'un principe à qui on impute volontiers la mission d'assurer la paix et la stabilité sociale. Le second chapitre aura tôt fait de remédier à ce sentiment injustifié de sécurité. Une seconde source d'étonnement peut provenir de la portée ambitieuse des exigences de certitude qui sont associées au principe de sécurité juridique. Dans un monde décrit comme étant post-moderne²⁹⁵, désenchanté²⁹⁶, dans lequel la production juridique relève au moins autant du réseau que de la pyramide²⁹⁷, il paraît curieux qu'un principe puisse promettre clarté, précision et certitude afin d'assurer une prévisibilité juridique absolue. Certes, les juridictions de l'Union ne doutent certainement pas un instant de son caractère relatif mais le discours qu'elles proposent met en avant une dimension d'absolu qui l'apparente davantage à un idéal qu'à un principe normatif. Ce discours participe, selon nous, de la survivance de la logique *cartésienne* de la sécurité juridique.

²⁹⁵ J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Les Editions de Minuit, Paris, 1979, p. 7.

²⁹⁶ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, Paris, 1985.

²⁹⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*

CHAPITRE II

La pratique du principe : accidents de parcours ou insécurité structurelle ?

J'apprends par quelles lois, sagement limité,
Chaque objet naît, et cède à la nécessité.
Si je montrai que l'âme, invisible étincelle,
Alimente la vie et s'éteint avec elle ;
Que ces mânes plaintifs, des enfers rejetés,
Sont des fantômes vains par un songe enfantés ;
Je sonde enfin du temps l'obscurité profonde ;
Je dirai la naissance et la chute du monde ;
Pourquoi rendu fécond, l'impétueux chaos
Fit éclore les cieux et la terre et les flots

LUCRÈCE

80. — A l'instar de ceux qui prétendent ignorer le temps qui passe, la pratique du droit rattrape toujours la théorie et la contraint à interroger ses fondements. Dans le cas de la sécurité juridique, l'examen de la jurisprudence met en évidence le fait qu'à la générosité des principes d'origine s'oppose la rigueur des solutions appliquées aux sujets de droit, au point d'entraîner, dans certains cas, une modification du discours dans le sens d'un resserrement des exigences permettant de se prévaloir avec succès des principes qui en sont dérivés, tout en maintenant l'ambition du principe de sécurité juridique lui-même (section 1). Cette rigueur interpelle cependant moins que l'importante confusion qui entoure le principe de sécurité juridique et la constellation des notions qui l'accompagnent, et qui donne parfois lieu à des solutions ambiguës, voire contradictoires. Si les principes présentés dans notre premier chapitre, considérés *in abstracto*, évoquent un système cohérent et complet, de nature à assurer une « certaine » sécurité juridique, la réalité de leur application ébranle douloureusement cette construction théorique, agencée par nos soins sur la base de la jurisprudence européenne (section 2). Ces deux phénomènes mettent considérablement à mal les

exigences de clarté et de prévisibilité censées se trouver au cœur même de la sécurité juridique.

81. — On l’aura compris, la démarche de ce chapitre suit une logique exactement inverse de celle adoptée précédemment. A la position doctrinale de l’auteur de manuel, qui essaie de redonner une cohérence à une jurisprudence qui se développe de façon casuistique, nous privilégions désormais une approche critique, qui détricote le discours et la pratique afin de mettre en évidence les problèmes suscités par la jurisprudence²⁹⁸. En filigrane, ceux-ci mettront au jour l’influence de l’intérêt de l’Union et, le cas échéant, des États membres, sur les solutions adoptées par ses juridictions, au point d’entraîner des conflits entre les logiques *politique* (intérêt de l’Union à la stabilité et à l’uniformité du corpus normatif) et *subjective* de la sécurité juridique (intérêt des particuliers à avoir accès à ce corpus normatif et à ce que leur situation soit prise en considération). Il va de soi que les lignes qui suivent se focalisent sur certains cas problématiques et ne font pas justice à la majorité des arrêts qui ne posent aucune difficulté. Ces cas sont cependant symptomatiques d’une interaction non problématisée des logiques sous-jacentes à la sécurité juridique qui nécessite une démarche d’élucidation.

Section 1. — De la générosité à la parcimonie

82. — Les formulations souvent généreuses du principe de sécurité juridique, de ses exigences ou sous-principes contrastent avec la restriction progressive de leur portée, la multiplication des exceptions ou la rigueur dans leur application. Ce fossé se retrouve au niveau du contrôle juridictionnel tant de l’édiction de l’acte (A) que de son application (B).

²⁹⁸ En termes méthodologiques, nous troquons donc l’approche purement nominaliste contre une démarche d’herméneutique critique (voy. *supra* n° 8).

A. L'édition de l'acte

1. L'adoption de l'acte

83. — Selon la Cour, le principe de sécurité juridique exige que toute réglementation des institutions européennes qui produit des effets juridiques soit certaine, claire et précise, afin que les intéressés puissent connaître de façon claire et dépourvue d'ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence²⁹⁹. Cependant, lorsque ce caractère certain, clair et précis est contesté, l'approche de la Cour se fait nettement plus prudente. L'état belge en fit l'expérience lorsqu'il avança, à l'appui d'un recours en annulation dirigé contre un règlement de l'Union, six griefs pris de la violation du principe de sécurité juridique et relatifs au manque de clarté et à la confusion créée par plusieurs de ses dispositions. Après avoir rappelé sa jurisprudence précitée, la Cour précisa que « dès lors qu'un *certain* degré d'incertitude quant au sens et à la portée d'une règle de droit est *inhérent* à celle-ci, il convient de se borner, dans le cadre d'un recours tel que celui de l'espèce dans lequel le royaume de Belgique fonde ses griefs essentiellement sur des situations hypothétiques, à examiner si l'acte juridique en cause souffre d'une *telle ambiguïté* qu'elle ferait obstacle à ce que cet État membre ne puisse lever avec une *certitude suffisante* d'éventuels doutes sur la portée ou le sens du règlement attaqué³⁰⁰ ». En l'espèce, la Cour rejeta les six griefs, en considérant qu'aucune des dispositions critiquées ne manquait de clarté. Le Tribunal a étendu ce critère aux justiciables, répétant qu'il convenait de vérifier si une

²⁹⁹ Voy. la jurispr. citée *supra* n° 26.

³⁰⁰ C.J.U.E., 14 avril 2005, Belgique/Commission, C-110/03, pt 31 (nous soulignons). Dans le même sens, la Cour avait déjà jugé qu'un « certain degré d'imprévisibilité » relatif à la méthode suivie par les institutions pour la fixation d'un droit antidumping sur certaines importations ne constituait pas une violation du principe de la sécurité juridique (C.J.U.E., 5 octobre 1988, Sharp Corporation, aff. 301/85, *Rec.* p. 5813 ; 5 octobre 1988, Brother, aff. 250/85, pt 29 ; 20 avril 2007, TEA-CEGOS et STG (ord.), C-189/06 P, pts 30-31). Plus radical, l'avocat général Geelhoed estime que « l'absence de clarté constitue [...] un motif d'annulation d'une réglementation communautaire, ou d'une partie de celle-ci, uniquement dans les cas extrêmes où la réglementation est clairement incohérente du point de vue interne, ou lorsqu'aucun sens logique quel qu'il soit ne peut être attribué à la disposition en cause » (ses concl. dans l'aff. C-244/03, France/Parlement et Conseil, pt 78).

règle souffrait « d'une ambiguïté telle qu'elle ferait obstacle » à ce que ceux-ci « puissent lever avec une certitude suffisante des éventuels doutes sur la portée ou le sens de cette règle³⁰¹ ». On ne peut ignorer l'écart entre cette formulation *relative* des exigences de la sécurité juridique et le caractère *absolu* de la garantie de sécurité juridique telle qu'elle continue à être annoncée aux justiciables dans la « majeure » des syllogismes jurisprudentiels des juridictions de l'Union.

84. — Par ailleurs, le principe de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit de l'Union qui doit expressément et à peine de nullité être indiquée comme base légale³⁰². Si la Cour a nuancé la portée de ce principe en 1987, en précisant qu'une telle omission pouvait ne pas constituer un vice substantiel lorsque la base juridique d'un acte pouvait être déterminée à l'appui d'autres éléments³⁰³, cette relativisation n'apparaît plus dans son arrêt du 16 juin 1993³⁰⁴. Dans un arrêt du 11 septembre 2002, pourtant, le Tribunal l'a déterrée. Constatant que deux des bases légales d'un règlement n'étaient pas mentionnées, il considéra, au terme d'un raisonnement élaboré, qu'elles pouvaient être déterminées indirectement à l'aide d'une lecture combinée de plusieurs considérants du préambule du règlement³⁰⁵. Alors que les obligations dans le chef des institutions européennes paraissaient, à première vue, être posées de façon intransigeante, un système de vases communicants d'obligations s'est mis en place, qui fait reposer, sur le destinataire d'un acte, la charge d'identifier la base juridique de celui-ci.

85. — Ces différents exemples mettent en évidence des situations dans lesquelles les juridictions de l'Union ont préféré protéger les actes adoptés par les institutions de l'Union, plutôt que les intérêts des justiciables, tels qu'ils étaient fondés sur le discours jurisprudentiel relatif

³⁰¹ T.U.E., 22 mai 2007, Mebrom, T-216/05, pt 108. En l'espèce, le Tribunal a constaté que ni le refus de l'octroi du quota d'importation de bromure de méthyle dans l'Union ni le remplacement des quotas d'importation n'étaient imprévisibles pour les importateurs dans la situation de la requérante et que, par conséquent, ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce que les justiciables puissent lever avec une certitude suffisante des éventuels doutes sur la portée ou le sens de la disposition litigieuse (pt 109).

³⁰² Voy. les réf. citées *supra* n° 27.

³⁰³ C.J.U.E., 26 mars 1987, Commission/Conseil, aff. 45/86, pt 9.

³⁰⁴ C.J.U.E., 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91, pt 26.

³⁰⁵ T.U.E., 11 septembre 2002, Alpharma, T-70/99, pts 112-121.

au principe de sécurité juridique. La stabilité de l'ordre juridique dans l'intérêt de l'Union se voit ainsi préférée à la prévisibilité de ses dispositions pour les particuliers.

2. La communication de l'acte

86. — Alors que le principe de sécurité juridique exige qu'un acte émanant des pouvoirs publics ne soit pas opposable aux justiciables avant que n'existe pour ceux-ci la possibilité d'en prendre connaissance³⁰⁶, la Cour a jugé, dans un arrêt *Racke* déjà évoqué, qu'il importait que « la date à laquelle un règlement doit être considéré comme publié ne varie pas selon la disponibilité du *Journal officiel des Communautés* sur le territoire de chaque État membre » dès lors « que l'unité et l'application uniforme du droit communautaire exigent, en effet, que l'entrée en vigueur d'un règlement survienne, sauf disposition expresse en sens contraire, à la même date dans tous les états membres, sans égard aux retards qui viendraient à se produire malgré les efforts à assurer une diffusion expéditive du *Journal officiel* dans l'ensemble de la Communauté³⁰⁷ ». A nouveau, l'intérêt de l'Union à l'application uniforme du droit de l'Union prévaut sur le volet de la sécurité juridique qui tend à protéger les justiciables³⁰⁸.

3. La modification de l'acte

87. — Amenées à modifier un acte, les autorités de l'Union et des États membres doivent tenir compte des droits acquis (a) et respecter la confiance légitime (b) qu'elles ont pu susciter. De la même façon, la jurisprudence met en évidence un écart conséquent entre les espoirs

³⁰⁶ Voy. *supra* n° 29.

³⁰⁷ C.J.U.E., 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, pt 15-16. La Commission avait affirmé que le principe de sécurité juridique et le principe de l'égalité de traitement imposaient « que les règlements entrent en vigueur en même temps dans l'ensemble du territoire de la Communauté » (*Rec.* 1979, p. 75).

³⁰⁸ A tout le moins ceux qui étaient concernés par l'affaire *Racke*. Il peut en effet être soutenu que, sur le long terme, la sécurité juridique des justiciables, considérés *in abstracto*, peut être servie par une application uniforme du droit de l'Union. Sur cette distinction, voy. *infra*, n° 448.

investis dans les principes énoncés et les déceptions révélées par les solutions apportées aux cas concrets soumis aux juridictions de l'Union.

a) Le principe du respect des droits acquis

88. — Dans son arrêt *Algera*, la Cour avait laissé entrevoir d'intéressantes perspectives en matière de droits acquis, en suggérant que la reconnaissance d'un tel droit devait permettre de s'opposer à sa révocation unilatérale par l'administration³⁰⁹. Si, en théorie, le principe des droits acquis offre une protection maximum et celui de confiance légitime ne joue qu'à titre subsidiaire³¹⁰, le premier n'a presque jamais été invoqué avec succès en pratique, à tel point qu'on peut se demander s'il n'est pas devenu obsolète³¹¹. Les juridictions ont notamment précisé qu'un opérateur économique ne pouvait pas faire valoir un droit acquis dans le maintien d'un système de calcul des montants compensatoires³¹². Il n'existe pas davantage de droit acquis à ce qu'une procédure administrative en cours soit traitée par l'autorité qui était compétente lors de son introduction³¹³. Même lorsqu'elle semble en accepter l'existence, la Cour le soumet à une appréciation restrictive. Si le titulaire d'un certificat d'exportation comportant fixation à l'avance d'une restitution couvrant la différence entre les prix sur les marchés européen et mondial a un droit acquis à recevoir cette restitution, il n'a cependant pas droit

³⁰⁹ Voy. *supra* nos 37-38.

³¹⁰ J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « La notion de sécurité juridique [...] », *op. cit.*, p. 452-453 ; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 471-472 ; J.-Cl. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 213.

³¹¹ X. GROUSSOT, *General principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 197. R.-E. Papadopoulou va jusqu'à affirmer que la jurisprudence de la Cour « serait identique même si elle ne contenait aucune référence à la notion de droit acquis » (*Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 218). Selon J. Mertens de Wilmars et J. Steenbergen, « le fait que le droit soit "acquis" n'ajoute souvent rien aux droits subjectifs de celui qui est le titulaire du droit » (« La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes » in *Mélanges offerts à Robert Legros*, éd. U.L.B., Bruxelles, 1985, p. 452). Pour un exemple relativement récent d'invocation sans succès, voy. C.J.U.E., 4 mars 2010, *Serrano e.a.*, C-496/08 P, pts 78-88. Pour un rare exemple de mobilisation fructueuse des droits acquis, voy. C.J.U.E., 31 mai 1988, *Rousseau*, aff. 167/86, pts 10-17.

³¹² C.J.U.E., 10 décembre 1975, *Union nationale des coopératives agricoles de céréales e.a.*, aff. jtes 95/74 à 98/74, 15/75 et 100/75, pts 43-46.

³¹³ C.J.U.E., 24 février 1987, *Continental Produkten*, aff. 312/84.

à ce que le régime du paiement lui soit appliqué selon les modalités en vigueur le jour de la délivrance du certificat³¹⁴. En matière de fonction publique, le Tribunal a jugé que des fonctionnaires ayant réussi un concours interne sous l'empire de l'ancien statut pouvaient se prévaloir du maintien de leurs prétendus droits acquis en termes de classement dans un grade supérieur et de meilleures perspectives de carrière en cas de modification de ce statut. Cependant, selon le Tribunal, « le classement dans un grade supérieur, en tant que tel, ne constitue pas un droit acquis proprement dit », dès lors que « la hiérarchie est, par définition, sujette à des modifications ». Et le Tribunal de conclure, de façon un peu vague, que les requérants étaient néanmoins « en droit d'attendre que le nouveau statut leur offre de meilleures perspectives de carrière que celles qu'il offre aux fonctionnaires qui n'avaient pas réussi de concours de passage de catégorie sous l'empire de l'ancien statut³¹⁵ ».

89. — Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence examinée qu'un opérateur économique ne peut pas faire valoir un droit acquis dans le maintien d'un avantage ou d'une situation existante qui peuvent être modifiés par des décisions prises par les institutions européennes dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation³¹⁶. Si tel est le cas, il est légitime de s'interroger sur l'intérêt de la notion de droit acquis. En effet, si l'avantage ou la situation en cause ne peut pas être modifié par des décisions prises par les institutions européennes dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, cela signifie qu'une éventuelle modification serait illégale et qu'il n'y aurait donc pas d'intérêt à invoquer distinctement l'existence d'un droit acquis.

90. — Enfin, la reconnaissance, dans un arrêt *Spachis*³¹⁷, d'une notion de « droit virtuel » semble avoir fait long feu. Le Tribunal a notamment jugé que « l'inscription de lauréats de concours généraux sur les listes d'aptitude » n'entraînait « qu'une simple vocation à être nommés

³¹⁴ C.J.U.E., 26 janvier 1978, Union Malt, aff. jtes 44 à 51/77, p. 57. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 18 novembre 1975, Société CAM SA, aff. 100/74, pt 31.

³¹⁵ T.U.E., 18 septembre 2008, Angé Serrano e.a., T-47/05, pts 106-108.

³¹⁶ C.J.U.E., 27 septembre 1979, Eridania, aff. 230/78; 14 février 1990, Delacre e.a., C-350/88, pt 34 et la jurispr. citée; 7 mai 1991, Nakajima, C-69/89, pt 119; T.U.E., 24 octobre 1997, British Steel, T-243/94, pt 77; 24 octobre 1997, Stahl e.a., T-244/94, pts 57-59; 29 janvier 1998, Dubois, T-113/96, pt 66; C.J.U.E., 14 octobre 1999, Atlanta, C-104/97 P, pt 53; T.U.E., 6 décembre 2001, Area Cova e.a., T-196/99, pt 122.

³¹⁷ *Idem.*

fonctionnaires stagiaires », et que cette vocation était « nécessairement exclusive de tout droit acquis », le classement résultant de ce concours « ne pouvant être considéré comme acquis aussi longtemps qu'il n'a pas fait l'objet d'une décision de nomination en bonne et due forme ». Par conséquent, le Tribunal décida qu'une modification du statut n'avait pu « violer un droit à l'application des anciens critères statutaires de classement³¹⁸ ». Sur pourvoi exercé contre cet arrêt, la Cour a jugé que, le lien juridique entre les fonctionnaires et l'administration étant de nature statutaire et non contractuelle, il en résultait que les droits et les obligations des fonctionnaires pouvaient « être modifiés à tout moment par le législateur³¹⁹ ».

b) Le principe de confiance légitime

91. — Selon les juridictions de l'Union, le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration européenne a fait naître dans son chef des espérances fondées³²⁰. L'histoire du principe de confiance légitime est cependant celle d'un principe dont la portée a été progressivement diminuée par la multiplication de ses conditions d'application et des exceptions neutralisant son impact. Ces restrictions sont tellement nombreuses que l'on peut s'interroger sur le caractère encore « général » du principe. Ainsi, et sauf circonstances exceptionnelles, le principe de confiance légitime ne peut être invoqué par l'opérateur économique prudent et avisé qui était en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure européenne de nature à affecter ses intérêts³²¹, par celui qui s'est rendu coupable d'une violation manifeste de

³¹⁸ T.U.E., 11 juillet 2007, Centeno Mediavilla *et al.*, T-58/05, pts 52-53.

³¹⁹ C.J.U.E., 22 décembre 2008, Centeno Mediavilla e.a., C-443/07 P, pt 60. La Cour rappelle cependant sa jurisprudence selon laquelle un droit est considéré comme acquis lorsque le fait générateur de celui-ci s'est produit avant la modification législative (pt 63).

³²⁰ Voy. *supra* n° 33.

³²¹ C.J.U.E., 8 juin 1977, Merkur, aff. 97/76, pt 9; 1^{er} février 1978, Lühns, 78/77, pt 6; 11 mars 1987, Van den Bergh, aff. 265/85, pt 44; T.U.E., 15 décembre 1994, Unifruit Hellas, T-489/93, pt 51; 13 décembre 1995, Varkens e.a., aff. jtes T-481/93 et T-484/93, pt 148; 16 octobre 1996, Efisol, T-336/94, pt 31; C.J.U.E., 15 avril 1997, Irish Farmers Association e.a., C-22/94, pt 25; T.U.E., 24 octobre 1997, British Steel, T-243/94, pt 77; C.J.U.E., 15 juillet 2004, Di Lenardo Adriano e.a., aff. jtes C-37/02 et C-38/02, pt 70; T.U.E., 3 octobre 2006, Hewlett-Packard, T-313-04, pt 72; C.J.U.E., 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, pt 53.

la réglementation européenne³²² ou par un gouvernement pour échapper aux conséquences d'une décision de la Cour constatant l'invalidité d'un acte de l'Union³²³ ou le manquement commis par un État membre³²⁴. Les opérateurs économiques ne sont pas davantage justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions européennes³²⁵ ou des autorités nationales³²⁶. Il en est notamment ainsi dans un domaine, comme celui des organisations communes de marchés, qui requiert une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique³²⁷ ou dans le cadre de la politique de la concurrence, qui est caractérisée par un large pouvoir d'appréciation de la Commission³²⁸. Le principe de confiance légitime ne peut davantage

³²² T.U.E., 24 avril 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a.*, aff. jtes T-551/93, T-231/94-T-234/94, pt 76; 29 septembre 1999, *Sonasa*, T-126/97, pt 34; 7 novembre 2002, *Vela et Tecnagrind* aff. jtes T-141/99, T-142/99, T-150/99 et T-151/99, pt 388; C.J.U.E., 25 mars 2004, *Cooperativa Lattepiù*, aff. jtes C-231/00, C-303/00 et C-451/00, pt 83; 14 juillet 2005, *ThyssenKrupp*, aff. jtes C-65/02 P et C-73/02 P, pt 41. Voy. également C.J.U.E., 27 mai 1975, *Mackprang*, aff. 2/75, pt 4.

³²³ C.J.U.E., 19 septembre 2000, *Ampafrance e.a.*, aff. jtes C-177/99 et C-181/99, pt 67.

³²⁴ C.J.U.E., 18 janvier 2001, *Commission/Espagne*, C-83/99, pt 26; 6 octobre 2009, *Commission/Espagne*, C-562/07, pts 18-19; 10 mai 2012, *Commission/Estonie*, C-39/10, pt 63.

³²⁵ C.J.U.E., 15 juillet 1982, *Edeka*, aff. 245/81, pt 27; 28 octobre 1982, *Faust*, aff. 52/81, pt 27; 7 mai 1987, *Koyo Seiko*, aff. 256/84, pt 20; 14 février 1990, *Delacre*, C-350/88, pt 33; 5 octobre 1994, *Crispoltoni*, aff. jtes C-133/93, C-300/93 et C-362/93, pt 57; T.U.E., 13 juillet 1995, *O'Dwyer e.a.*, aff. jtes T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 et T-477/93, pt 48; 13 décembre 1995, *Starkens e.a.*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, pt 148; 24 octobre 1997, *British Steel*, T-243/94, pt 76; 24 octobre 1997, *Stahl e.a.*, T-244/94, pt 57-59; C.J.U.E., 17 septembre 1998, *Pontillo*, C-372/96, pts 22-23; 14 octobre 1999, *Atlanta*, C-104/97P, pt 53; T.U.E., 6 décembre 2001, *Emesa Sugar*, T-43/98, pt 87; 6 décembre 2001, *Area Cova e.a.*, T-196/99, pt 122; 3 octobre 2006, *Hewlett-Packard*, T-313-04, pt 72; C.J.U.E., 26 juin 2012, *Commission/Pologne*, C-335/09P, pt 180.

³²⁶ C.J.U.E., 10 septembre 2009, *Plantanol*, C-201/08, pt 54.

³²⁷ C.J.U.E., 16 mai 1979, *Tomadini*, aff. 84/78, pt 22; 27 septembre 1979, *Eridania*, aff. 230/78, pt 22; 17 juin 1987, *Frico e.a.*, aff. jtes 424/85 et 425/85, pt 33; 14 février 1990, *Delacre e.a.*, C-350/88, pt 33; 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, C-280/93, pt 80; T.U.E., 15 décembre 1994, *Unifruit Hellas*, T-489/93, pt 67; 21 février 1995, *Campo Ebro e.a.*, T-472/93, pt 52; 13 juillet 1995, *O'Dwyer e.a.*, aff. jtes T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 et T-477/93, pt 48; 7 juillet 1999, *Stahl*, T-106/96, pt 125; C.J.U.E., 14 octobre 1999, *Atlanta*, C-104/97 P, pt 52; 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, C-149/96, pt 75; T.U.E., 1^{er} décembre 1999, *Boehringer*, T-125/96, pt 117; C.J.U.E., 6 mars 2003, *Niemann*, C-14/01, pt 56; 15 juillet 2004, *Di Lenardo Adriano e.a.*, aff. jtes C-37/02 et C-38/02, pt 70.

³²⁸ C.J.U.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a.*, aff. jtes C-189/02 P [...], pts 171-172.

être invoqué à l'égard d'une directive avant que ne soit échu son délai de transposition³²⁹, ou afin de justifier³³⁰ ou exiger la répétition d'une méthode de comptabilisation reposant sur une interprétation incorrecte d'un acte³³¹. Enfin, si les autorités européennes ont l'obligation d'adopter des mesures transitoires pour les situations susceptibles d'engendrer une confiance légitime qui sont apparues avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, il peut être fait exception à ce principe si un intérêt public préemptoire s'y oppose³³².

92. — Le Tribunal a par ailleurs restreint les situations dans lesquelles l'administration pouvait faire naître des « espérances fondées » aux cas dans lesquels elle a fourni des « assurances précises³³³ ». Après avoir évité la question dans un premier temps³³⁴, la Cour de justice semble avoir adopté cette exigence. Dans un arrêt *Kögler*, elle a admis, dans le contentieux de la fonction publique, « qu'un fonctionnaire ne saurait invoquer une violation du principe de la protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration³³⁵ ». Dans le cadre d'un recours en annulation en matière de Fonds social européen, la Cour décida cinq ans plus tard que la Commission n'avait pas violé le principe de confiance légitime dès lors qu'il ne résultait pas du dossier qu'elle aurait « fourni des assurances précises à l'Irlande ayant pu faire naître dans le chef de cet État membre des espérances fondées [...] »³³⁶. Enfin, la Cour a explicitement jugé, dans des contentieux ne relevant pas de la fonction publique, que « nul ne peut invoquer une violation de ce principe en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration », en se référant

³²⁹ C.J.U.E., 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, pt 46.

³³⁰ C.J.U.E., 24 mars 1993, *CIRFS e.a.*, C-313/90, pt 45.

³³¹ T.U.E., 28 janvier 2004, *OPTUC*, aff. jtes T-142/01 et T-283/01, pt 103.

³³² On retrouve ici explicitement l'intervention de l'intérêt de l'Union.

³³³ T.U.E., 27 mars 1990, *Chomel*, T-123/89, pt 26 ; 30 novembre 1994, *Dornonville de la Cour*, T-498/93, pt 46 ; 27 février 1996, *Galtieri*, T-235/94, pt 63 ; 5 novembre 2002, *Ronsse*, T-205/01, pt 54 ; 28 janvier 2003, *F/Cour des comptes*, T-138/01, pt 40 ; 3 octobre 2006, *Hewlett-Packard*, T-313/04, pts 72-76 ; 6 juin 2007, *Angela Davi*, T-433/04, pt 119 ; 12 septembre 2007, *Koninklijke Friesland Foods*, T-348/03, pt 127 ; 25 mars 2009, *Alcoa Trasformazioni*, T-332/06, pt 102 ; 1^{er} juillet 2009, *Okalux*, T-419/07, pt 46.

³³⁴ Voy. C.J.U.E., 14 octobre 1999, *Atlanta*, C-104/97 P, pts 50 et 55.

³³⁵ C.J.U.E., 25 mai 2000, *Kögler*, C-82/98 P, pt 33.

³³⁶ C.J.U.E., 15 septembre 2005, *Irlande/Commission*, C-199/03, pts 66-67.

notamment à la jurisprudence précitée du Tribunal³³⁷, et ce malgré ses arrêts antérieurs qui ne requéraient pas une telle condition³³⁸.

Dans un arrêt *Forvass* du 6 juillet 1999, le Tribunal proposa, dans le cadre du contentieux de la fonction publique, une formulation encore plus exigeante, subordonnant le droit de réclamer la protection de la confiance légitime à la réunion de trois conditions : (1°) des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration européenne ; (2°) ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent ; (3°) les assurances données doivent être conformes aux normes applicables³³⁹. Cette triple condition a ensuite été répétée à plusieurs reprises par le Tribunal³⁴⁰, tout en reprenant encore parfois la formulation plus générale retenue par la Cour dans le contentieux de « droit commun³⁴¹ ». Depuis un arrêt du 30 juin 2005, le Tribunal a appliqué cette triple exigence à des contentieux qui ne relèvent pas

³³⁷ C.J.U.E., 24 novembre 2005, Allemagne/Commission, C-506/03, pt 58. La Cour a confirmé cette solution par la suite (C.J.U.E., 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pt 147 ; 18 juillet 2007, Karatzoglou, C-213/06 P, pt 33 ; 16 décembre 2008, Masdar, C-47/07 P, pt 81 ; 17 septembre 2009, Koninklijke FrieslandCampina NV, C-519/07 P, pt 84 ; 22 septembre 2011, Bell & Ross, C-426/10 P, pt 56).

³³⁸ La Cour a reconnu que pouvaient fonder une confiance légitime une pratique de la Commission (C.J.U.E., 1^{er} octobre 1987, Royaume-Uni/Commission, aff. 84/85, pt 26 ; 12 novembre 1987, Ferriere San Carlo, aff. 344/85, pts 12-13 ; 24 novembre 1987, RSV, aff. 223/85, pt 17 ; 5 octobre 1988, Fingruth, aff. 129/87) ; le retard pris par elle pour rendre une décision (C.J.U.E., 24 novembre 1987, RSV, aff. 223/85, pt 17) ; une disposition légale (C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, pts 10-14) ou l'inaction du Conseil (C.J.U.E., 11 mars 1982, Grogan, aff. 127/80, pts 33-35). Cet arrêt a vraisemblablement été ignoré par le Tribunal dans son arrêt du 9 juillet 2003, où il a considéré que la notion d'« assurances » présupposait un « acte positif » de la part de l'administration (T.U.E., 9 juillet 2003, Kyowa Hakko Kogyo, T-223/00, pt 51). Dans le même sens, voy. T.U.E., 22 mai 2007, Informations-Industrie Consulting, T-500/04, pt 76. Même en cas d'acte positif, aucune confiance légitime ne peut être fondée avant l'expiration des délais de recours contre cet acte (T.U.E., 5 août 2003, P & O European Ferries e.a., aff. jtes T-116/01 et T-118/01, pt 205).

³³⁹ T.U.E., 6 juillet 1999, *Forvass*, T-203/97, pt 70. Sur l'origine de ces conditions, voy. *infra*, n° 345.

³⁴⁰ T.U.E., 7 novembre 2002, G/Commission, T-199/01, pt 38 ; 16 mars 2005, Ricci, T-329/03, pt 79 ; 4 mai 2005, Castets, T-398/03, pt 34 ; 14 février 2007, Dos Santos, T-435/04, pt 121. Voy. également S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 351 et les réf. citées.

³⁴¹ T.U.E., 6 juin 2007, Angela Davi, T-433/04, pt 119.

de la fonction publique³⁴², tout en conservant dans d'autres arrêts la formule traditionnelle de la Cour³⁴³. La généralisation de ces conditions ne coule cependant pas de source et elle limite d'autant la portée des principes. Elle semble en outre rencontrer un certain succès auprès de la Cour elle-même³⁴⁴.

93. — La situation s'aggrave en ce qui concerne les aides d'État. Dans cette matière, le contrôle est particulièrement strict lorsqu'il s'agit de faire échec à la récupération d'une aide octroyée illégalement³⁴⁵. Compte tenu du caractère impératif du contrôle de ces aides opéré par la Commission, la Cour de justice s'oppose, sauf circonstances exceptionnelles, à ce que leur bénéficiaire puisse invoquer une confiance légitime dans sa régularité si celle-ci a été accordée en violation des dispositions relatives à la procédure de contrôle préalable, dès lors qu'un opérateur économique diligent doit normalement être en

³⁴² T.U.E., 30 juin 2005, Branco, T-347/03, pt 102 (politique sociale); 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie, T-282/02, pt 77 (concurrence); 14 décembre 2006, Branco, T-162/04, pt 119 (politique sociale); 8 juillet 2008, Sviluppo, T-176/06, pt 89 (politique régionale); 30 juin 2009, CPEM, T-444/07, pt 126 (politique sociale); 30 septembre 2009, Pays-Bas/Commission, T-55/07, pt 99 (agriculture). Plus récemment, voy. notamment T.U.E., 18 juin 2010, Luxembourg/Commission, T-549/08, pt 71; 24 novembre 2011, EFIM, T-296/09, pt 30; 29 mars 2012, Portugal/Commission, T-111/10, pt 45; 21 juin 2012, Espagne/Commission, T-178/10, pt 92.

³⁴³ T.U.E., 27 juin 2007, Nuova Gela, T-65/04, pt 60; 3 septembre 2009, Cheminova e.a., T-326/07, pt 81.

³⁴⁴ Elle a jugé que « constituent des assurances susceptibles de faire naître de telles espérances, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont communiqués, des renseignements précis, inconditionnels, concordants et émanant de sources autorisées et fiables » (C.J.U.E., 25 octobre 2007, Ermioni Komninou e.a., C-167/06 P, pt 63; 17 mars 2011, AJD Tuna, C-221/09, pt 72), certes sans affirmer explicitement que des renseignements qui ne rempliraient pas ces caractéristiques ne pourraient susciter une confiance légitime. Dans le même sens, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2010, la Cour de justice a estimé que l'Allemagne ne pouvait considérer « avoir reçu des assurances précises, inconditionnelles et concordantes de nature à faire naître une attente légitime » (Commission/Allemagne, C-442/08, pt 98). La Cour a rejoint, en l'espèce, les conclusions de l'avocat général Trstenjak qui se référait à son tour à l'arrêt *Branco* du Tribunal (T-347/03), visant lui-même l'arrêt *Forvass* (ses concl., pt 111).

³⁴⁵ Donnant suite à la jurisprudence de la Cour, le Conseil a adopté l'article 14.1 du règlement (CE) n° 659/1999 du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du TCE, qui dispose que la Commission ne peut exiger la récupération de l'aide si, ce faisant, elle irait à l'encontre d'un principe général de droit communautaire (*J.O.C.E.*, n° L 083 du 27/03/1999, p. 1-9).

mesure de s'assurer de son respect³⁴⁶. Même si celle-ci a été observée, le principe de confiance légitime ne peut être mobilisé que par un opérateur économique de bonne foi³⁴⁷. Tant que la Commission n'a pas pris une décision d'approbation et tant que le délai de recours à l'encontre de cette décision n'est pas écoulé, le bénéficiaire de l'aide ne peut en effet avoir de certitude quant à la légalité de l'aide envisagée³⁴⁸. L'État membre qui a accordé une aide illégale ne peut invoquer la confiance légitime des bénéficiaires de l'aide pour se soustraire à l'obligation de prendre les mesures nécessaires en vue de l'exécution d'une décision de la Commission lui ordonnant de récupérer l'aide³⁴⁹. Cette intransigeance s'étend même au créancier du bénéficiaire de l'aide, à qui il

³⁴⁶ C.J.U.E., 20 septembre 1990, Commission/Allemagne, C-5/89, pts 13-19; 14 janvier 1997, Espagne/Commission, C-169/95, pt 51; T.U.E., 15 octobre 1997, IPK-München, T-331/94, pt 46; 27 janvier 1998, Ladbroke Racing, T-67/94, pt 183; 31 mars 1998, Preussag Stahl, T-129/96, pt 77; 15 septembre 1998, BFM et EFIM, aff. jtes T-126/96 et T-127/96, pt 69; 13 juin 2000, EPAC, aff. jtes T-204/97 et T-270/97, pt 142; 29 septembre 2000, CETM, T-55/99, pt 121; 5 juin 2001, Feralpi, T-6/99, pt 182; C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-91/01, pt 65; T.U.E., 1^{er} juillet 2004, Salzgitter, T-308/00, pt 160; C.J.U.E., 11 novembre 2004, Demesa, aff. jtes C-183/02 P et C-187/02 P, pt 51; 15 décembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, pt 104; 23 février 2006, Atzeni e.a., aff. jtes C-346/03 et C-529/03, pts 64-65; 12 février 2008, Centre d'exportation du livre français (CELF), aff. C-199/06, pts 42 et 65; T.U.E., 10 février 2009, Deutsche Post, T-388/03, pt 124; 1^{er} juillet 2010, ThyssenKrupp, T-62/08, pt 269; C.J.U.E., 8 décembre 2011, France Télécom, C-81/10 P, pt 59. Le fait que les aides ont été octroyées par une mesure générale, dont l'application ne dépend pas d'une manifestation de volonté des particuliers concernés, ne modifie pas le fait que le bénéficiaire d'une aide illégale ne peut invoquer le principe de confiance légitime (T.U.E., 10 septembre 2009, Banco Comercial dos Açores, T-75/03, pt 126).

³⁴⁷ C.J.U.E., 19 septembre 2002, Huber, C-336/00, pt 59.

³⁴⁸ T.U.E., 14 mai 2002, Maschinenbau, T-126/99, pt 42; C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-91/01, pt 66; 12 février 2008, CELF, e.a., C-199/06, pt 67; 11 mars 2010, CELF, C-1/09, pt 53. Selon la Cour, la circonstance que la Commission a initialement décidé de ne pas soulever d'objections à une aide litigieuse, pour regrettable qu'elle soit, ne peut pas être considérée comme susceptible d'avoir fait naître une confiance légitime de l'entreprise bénéficiaire dès lors que cette décision a été contestée dans les délais de recours contentieux, puis annulée par la Cour (C.J.U.E., 14 janvier 1997, Espagne/Commission, C-169/95, pt 53). Voy., dans le même sens, T.U.E., 5 août 2003, P & O European Ferries e.a., aff. jtes T-116/01 et T-118/01, pt 205.

³⁴⁹ C.J.U.E., 20 septembre 1990, Commission/Allemagne, C-5/89, pt 17; 14 septembre 1994, Espagne/Commission, aff. jtes C-278/92-C-280/92, pt 76; 7 mars 2002, Italie/Commission, C-310/99, pt 104; T.U.E., 5 août 2003, P & O European Ferries e.a., aff. jtes T-116/01 et T-118/01, pt 200; C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-372/97, pt 112.

incombe « de faire preuve de la prudence et de la diligence requises et de procéder aux vérifications nécessaires concernant la légalité de l'aide³⁵⁰ ».

94. — Non seulement la Cour et le Tribunal ont diminué la portée du principe de confiance légitime sur le plan des principes, mais ils en ont également fait une application pour le moins restrictive. Les juridictions sont ainsi particulièrement exigeantes envers l'opérateur économique « normalement prudent et diligent », et ce dans les différentes branches du droit de l'Union³⁵¹. Il en va évidemment ainsi en matière d'aides d'état. A défaut de notification, ni le fait que les destinataires n'avaient pas été informés par les autorités compétentes de la procédure administrative³⁵² ni l'assurance par les autorités nationales que la procédure serait couverte par l'approbation de la Commission³⁵³ n'ont suffi, selon le Tribunal, à créer une confiance légitime dans le chef de ces destinataires. La doctrine observe que, dans cette matière, l'appréciation est à ce point stricte qu'elle « exclut pratiquement l'application du principe de confiance légitime »³⁵⁴ et que les hypothèses dans lesquelles une confiance légitime a été admise sont « tout à fait rarissimes »³⁵⁵. Même en cas de notification, la confiance légitime reste difficile à établir. Dans une affaire Preussag³⁵⁶, le gouvernement allemand avait notifié à la Commission un projet d'aides n° 777/94 au laminoir d'Ilsenburg, appartenant à la société Preussag, par télécopie du 24 novembre 1994, en se référant expressément à la notification d'un autre projet d'aides au même laminoir, enregistré sous le n° 308/94. Le 7 décembre 1994, la société Preussag adressa une lettre au commissaire Bangeman, insistant pour que les services de la Commission procèdent encore à l'examen du projet n° 777/94 avant la fin de l'année 1994. Par une lettre du 21 décembre 1994, ce commissaire répondit qu'il se réjouissait de

³⁵⁰ T.U.E., 13 juin 2000, EPAC, aff. jtes T-204/97 et T-270/97, pt 144.

³⁵¹ En ce sens, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 370-371.

³⁵² T.U.E., 29 septembre 2000, CETM, T-55/99.

³⁵³ T.U.E., 14 janvier 2004, Fleuren Compost, T-109/01.

³⁵⁴ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 245.

³⁵⁵ M. DONY, *Commentaire J. Mégret : contrôle des aides d'état*, 3^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 461. Pour de rares exemples, voy. notamment l'arrêt RSV, *infra* n°s 104-106, et T.U.E., 25 juin 2002, B/Commission (ord. référé), T-34/02 R, pt 84.

³⁵⁶ T.U.E., 31 mars 1998, Preussag Stahl, T-129/96.

pouvoir l'informer que la Commission avait « approuvé aujourd'hui l'aide au laminoir d'Ilsenburg ». Par un télex du 21 décembre 1994, la Commission communiqua aux autorités allemandes les projets d'aides à l'encontre desquels elle ne soulevait pas d'objections et au nombre desquels figurait le projet n° 308/94. Le 23 février 1995, le commissaire Bangeman informa Preussag que l'autorisation visée par sa lettre concernait le projet n° 308/94 et non pas le projet n° 777/94. Enfin, par une décision du 29 mai 1996, la Commission constata que ce dernier prévoyait des aides d'État incompatibles avec le marché commun et en ordonnait la restitution. Saisi d'un recours en annulation contre cette décision, le Tribunal a considéré que la lettre litigieuse du commissaire n'était pas de nature à créer, dans le chef de Preussag, une confiance légitime dans l'autorisation de ces aides, eu égard à la position négative de la Commission à son égard. Il paraît raisonnable de se demander si les circonstances, et notamment la proximité temporelle des courriers des 7 et 21 décembre 1994, n'étaient pas de nature à susciter une confiance légitime dans le chef d'un opérateur économique normalement prudent et diligent³⁵⁷.

95. — Plusieurs exemples illustrent le fait que ce phénomène d'application restrictive du principe de confiance légitime est également présent dans les autres branches du droit de l'Union européenne, comme les transports, l'union douanière, le droit fiscal ou dans le droit de la concurrence relatif aux ententes. Ayant admis que l'entrée en vigueur d'un règlement relatif à l'assainissement structurel dans la navigation intérieure produisait des effets onéreux à l'égard de certains opérateurs économiques, la Cour considéra qu'il fallait vérifier si le Conseil avait respecté leur confiance légitime. Selon ceux-ci, la proposition de règlement publiée au *Journal officiel* prévoyait un régime transitoire et ils pouvaient donc légitimement s'attendre à pouvoir en profiter. La Cour refusa cet argument aux motifs qu'il résultait, d'une part, du traité que la Commission et le Conseil pouvaient modifier une telle proposition et, d'autre part, de lettres adressées à la Commission et de divers articles publiés dans la presse spécialisée que les milieux

³⁵⁷ Saisie d'un pourvoi contre cette décision, la Cour de justice releva que la Commission n'était en tout état de cause pas en droit d'autoriser ces aides dès lors que les projets tendant à les instituer ou à les modifier ne lui avaient pas été notifiés avant l'expiration du délai spécifiquement prévu (C.J.U.E., 13 juillet 2000, Salzgitter, C-210/98 P, pts 46-60).

professionnels intéressés considéraient que ce régime transitoire n'était pas suffisamment strict³⁵⁸. Cette solution paraît particulièrement exigeante, surtout lorsqu'on la compare avec celle de l'arrêt *Deuka*, dans lequel la Cour avait jugé qu'un règlement prévoyant une modification du montant des primes de dénaturation du blé, en cours de campagne céréalière, devait trouver une application telle que puissent encore bénéficier du régime antérieur les lots de marchandises au sujet desquels il serait établi qu'ils ont été achetés avant l'entrée en vigueur de ce règlement³⁵⁹.

Dans un arrêt *Binder*, la Cour a jugé qu'un opérateur économique professionnel ne pouvait se prévaloir de sa confiance légitime en un taux de droits de douane applicable à des importations en provenance de Yougoslavie. Une société s'était basée sur une proposition de la Commission reprenant ce taux et sur son insertion dans un tarif d'usage national. Selon la Cour, les dispositions tarifaires européennes applicables faisant l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés*, elles constituaient donc, « à dater de cette publication, le seul droit positif en la matière, droit que nul n'est censé ignorer » et le tarif d'usage allemand, qui était rédigé par les autorités nationales, n'avait qu'une « valeur purement indicative » et ne pouvait « en aucun cas conduire à remettre en cause la primauté du droit communautaire ». Alors que la juridiction nationale avait fait observer la difficulté de consulter le *Journal officiel* dans le ressort du bureau des douanes concerné et la pratique généralisée des importateurs de se fonder sur ce tarif, document particulièrement fiable en raison de sa publication par le ministère fédéral des Finances, la Cour conclut qu'il n'apparaissait « pas démesuré d'exiger de cet opérateur économique qu'il s'assure, par la lecture des journaux officiels pertinents, du droit communautaire applicable aux opérations qu'il effectue, même si, en l'espèce au principal, le taux en question concernait seulement les produits originaires de Yougoslavie et avait été fixé par un accord commercial international conclu par la Communauté avec la Yougoslavie³⁶⁰ ». Clairement, dans ce cas, l'intérêt de l'Union à ce que soit garantie une interprétation

³⁵⁸ C.J.U.E., 5 octobre 1993, *Driessen en Zonen e.a.*, aff. jtes C-13/92 à C-16/92, pts 29-35.

³⁵⁹ C.J.U.E., 18 mars 1975, *Deuka e.a.*, aff. 78/74, pts 14-15.

³⁶⁰ C.J.U.E., 12 juillet 1989, *Binder*, aff. 161/88, pts 19-22.

uniforme du droit européen a prévalu sur celui de la logique subjective de la sécurité juridique, qui protège les sujets de droit.

En droit de la concurrence, le Tribunal considère qu'une entreprise ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une décision adoptée par le collège des commissaires relative à une entente prohibée fasse l'objet d'une délégation au directeur général compétent en matière de concurrence et que celui-ci ne peut donc avoir fourni des « assurances précises émanant d'une source autorisée et fiable³⁶¹ ». A nouveau, le niveau d'exigence paraît particulièrement élevé et requiert des entreprises de connaître tous les arcanes du fonctionnement de la Commission, ce qui n'est certainement pas le cas des plus petites entités économiques. Même lorsqu'un courrier de la Commission peut « être considéré comme contenant des assurances précises quant à l'adoption imminente d'une décision par la Commission », les sociétés requérantes qui ont, dès la prise de connaissance de ce courrier, pris contact avec une direction générale de la Commission pour qu'elle intervienne auprès d'une autre direction, ne peuvent invoquer la confiance légitime. En effet, dans ces circonstances, elles « ne pouvaient espérer que la Commission respectât les éventuelles assurances formulées » dans cette lettre³⁶².

Enfin, dans un des rares cas où le Tribunal a admis la violation, par la Commission, du principe de confiance légitime en matière d'aides d'état, la Cour a renversé sa décision aux termes d'une analyse pour le moins restrictive du principe de confiance légitime. L'affaire concernait un régime fiscal d'aides mis en œuvre par les Pays-Bas, le régime « CFA ». La Commission ayant décidé d'ouvrir une procédure d'aide d'état illégale en juillet 2001, la demande de la société Koninklijke Friesland Foods de pouvoir bénéficier de ce régime était restée en suspens. Le 17 février 2003, la Commission constata que le régime concerné constituait une aide contraire au traité mais que, dès lors qu'il présentait des similitudes avec le régime belge qu'elle avait jugé conforme, elle admettait « l'existence d'une confiance légitime chez les bénéficiaires du régime » et renonçait à ordonner la récupération des aides accordées. La Commission décida donc que les bénéficiaires du régime à la date de l'ouverture de sa procédure pouvaient continuer à s'en prévaloir jusqu'au terme des agréments délivrés, et au plus

³⁶¹ T.U.E., 29 avril 2004, Tokai Carbon e.a., aff. jtes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, pts 152-153.

³⁶² T.U.E., 22 octobre 1997, SCK et FNK, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, pts 81-82.

tard jusqu'au 31 décembre 2010. La Commission ayant précisé que ce régime transitoire ne s'appliquait pas aux entreprises qui n'en étaient qu'au stade de l'introduction d'une demande lors de l'ouverture de la procédure, la société Koninklijke Friesland Foods intenta un recours en annulation contre la décision du 17 février 2003. En première instance, le Tribunal releva qu'il résultait de la décision attaquée que les prises de position répétées de la Commission sur un régime analogue au régime litigieux attestaient de l'existence d'une confiance légitime en la conformité de ce régime au droit de l'Union³⁶³ et que la requérante était en tout état de cause fondée à placer une telle confiance « dans l'octroi d'une période transitoire raisonnable pour pouvoir s'adapter aux conséquences découlant de la décision attaquée » (pt. 138). Sur pourvoi de la Commission, la Cour jugea cependant que la requérante se trouvait dans une situation différente de celle des contribuables dont la Commission avait admis la confiance légitime « dès lors qu'elle n'était pas bénéficiaire du régime CFA, mais avait uniquement introduit une demande de premier agrément CFA³⁶⁴ ». Or, alors que les bénéficiaires d'un tel agrément auraient subi, en l'absence de mesures transitoires, « des dommages en raison d'investissements effectués ou d'engagements pris dans le passé, à un moment où la légalité du régime fiscal concerné n'était pas mise en cause », la requérante n'avait « jamais fait état de manière concrète d'investissements déjà réalisés ni d'engagements déjà pris » (pt. 91-94). Et pour cause, serait-on tenté d'ajouter, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une condition pour invoquer le principe de confiance légitime.

³⁶³ T.U.E., 12 septembre 2007, Koninklijke Friesland Foods, T-348/03, pt 129.

³⁶⁴ C.J.U.E., 17 septembre 2009, Campina, C-519/07 P, pt 88.

96. — Cet examen succinct de l'abondante jurisprudence européenne relative au principe de confiance légitime atteste du fait que, s'il a été invoqué à plusieurs milliers de reprises³⁶⁵, il n'a, proportionnellement, abouti qu'à de rares occasions³⁶⁶. Les juridictions de l'Union ont ainsi considéré que ne constituaient pas des assurances susceptibles de faire naître des espérances fondées dans l'esprit de ses destinataires de

³⁶⁵ Voy. notamment les réf. citées *supra* n° 33.

³⁶⁶ Dans le même sens, voy. S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 296, 486 et 573 (et les réf. citées); J.-P. PUISSOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 152; R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 233; T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 373. Comme l'admet l'ancien juge J.-P. Puissechet, « l'écart paraît grand entre la portée et la fonction théoriques de ce principe et l'effectivité des conséquences de son application par la juridiction communautaire » (« "Vous avez dit confiance légitime" ? Le principe de confiance légitime en droit communautaire », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, 1996, p. 593). Sans prétention à l'exhaustivité, le principe de confiance légitime a été invoqué avec succès dans les arrêts suivants : C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, *Rec. p.* 575; 14 mai 1975, CNTA, aff. 74/74, *Rec. p.* 533; 11 mars 1982, Grogan, aff. 127/80, *Rec. p.* 869; 14 juillet 1983, Meiko, aff. 224/82, *Rec. p.* 2539; 22 septembre 1983, Verli-Wallace, aff. 159/82, *Rec. p.* 2711; 1^{er} octobre 1987, Royaume-Uni/Commission, aff. 84/85; 12 novembre 1987, Ferriere San Carlo, aff. 344/85; 24 novembre 1987, RSV, aff. 223/85; 28 avril 1988, Mulder, aff. 120/86; 28 avril 1988, von Deetzen, aff. 170/86; 5 octobre 1988, Fingruth, aff. 129/87; 26 juin 1990, Sofrimport, C-152/88; 11 décembre 1990, Pastätter, C-217/89; 11 décembre 1990, Spagl, C-189/89; 11 juillet 1991, Crispolti, C-368/89; 3 décembre 1992, Wehrs, C-264/90; T.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94; 14 juillet 1997, Interhotel, T-81/95; 17 décembre 1998, Embassy Limousines & Services, T-203/96; C.J.U.E., 8 juin 2000, Grundstücksgemeinschaft Schloßstraße, C-396/98; 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00; T.U.E., 28 janvier 2003, F/Cour des comptes, T-138/01; 28 septembre 2004, MCI, T-310/00; C.J.U.E., 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, aff. jtes C-182/03 et C-217/03; T.U.E., 12 septembre 2007, Koninklijke Friesland Foods, T-348/03 (annulé sur pourvoi : C.J.U.E., 17 septembre 2009, Koninklijke Friesland, C-519/07 P); T.U.E., 15 novembre 2007, Hongrie/Commission, T-310/06.

nombreux actes de la Commission³⁶⁷, du Conseil³⁶⁸, du Parlement³⁶⁹ ou des autorités nationales³⁷⁰. Dans de nombreuses situations, il apparaît que l'intérêt de celui qui allègue la violation de sa confiance ne fait pas

³⁶⁷ Tels la tolérance passée à l'égard de certaines irrégularités, qui ne peut fonder de confiance légitime dans son maintien lors des exercices budgétaires suivants (C.J.U.E., 21 janvier 1999, *Allemagne/Commission*, C-54/95, pt 12), l'absence de mise en cause d'une réglementation nationale contraire au droit primaire dans des procédures antérieures à celle aboutissant à une décision litigieuse (T.U.E., 8 juillet 1999, *VTM*, T-266/97, pt 74) ou de mesures fiscales analogues aux mesures qualifiées d'aide d'état par la Commission (T.U.E., 23 octobre 2002, *Territorio Histórico de Álava e.a.*, aff. jtes T-346/99-T-348/99, pt 99), la position exprimée dans un avis motivé lorsqu'elle ne contient qu'un rappel des règles applicables (T.U.E., 8 juillet 1999, *VTM*, T-266/97, pt 73) ou au cours de l'instruction d'une plainte déposée au titre de l'article 226 TCE, sauf circonstances particulières (C.J.U.E., 25 octobre 2007, *Ermioni Komninou e.a.*, C-167/06 P, pt 64), le fait de ne pas prévenir au préalable des entreprises de la modification des taux de douane à défaut de disposition européenne l'y obligeant (T.U.E., 3 octobre 2006, *Hewlett-Packard*, T-313-04, pt 75), des lettres de la Commission assurant à des entreprises que ses décisions ont toujours tenu compte de leurs préoccupations, qu'elle gardera à l'esprit leur souhait et qu'elle tiendra certainement compte de la situation particulière des petits et moyens importateurs (T.U.E., 14 septembre 1995, *Lefebvre e.a.*, T-571/93, pts 73-74), des réponses formulées avec beaucoup de réserves, à des questions des parlementaires du Parlement européen (T.U.E., 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn*, T-229/94, pt 115), des propositions de mesures utiles notifiées à un État membre dans le domaine des aides d'État dès lors qu'elles « font partie intégrante de la procédure formelle d'examen et qu'un État peut [...] les refuser » (C.J.U.E., 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187*, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pt 153), l'attribution d'un quota d'importation en ce qui concerne l'octroi de licences d'importations dès lors que cette attribution ne constitue que la première étape de cette procédure administrative d'octroi prévue pour obtenir l'autorisation d'importer les produits concernés (T.U.E., 16 octobre 1996, *Efisol*, T-336/94, pts 32-34).

³⁶⁸ C.J.U.E., 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187*, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pts 151-152.

³⁶⁹ C.J.U.E., 11 juillet 1985, *Salerno*, aff. 87/77, pt 59; T.U.E., 2 octobre 2001, *Martinez e.a.*, aff. jtes T-222/99, T-327/99 et T-329/99, pt 184.

³⁷⁰ Ne peuvent fonder une confiance légitime ni le comportement d'une autorité nationale chargée d'appliquer le droit de l'Union qui est en contradiction avec une disposition précise d'un texte de droit communautaire (C.J.U.E., 15 décembre 1982, *Maizena*, aff. 5/82, pt 22; 26 avril 1988, *Krücken*, aff. 316/86, pt 24; 1^{er} avril 1993, *Lageder e.a.*, aff. jtes C-31/91 à C-44/91, pt 35; 16 mars 2006, *Emsland-Stärke*, C-94/05, pt 31), ni l'acceptation initiale, par les services douaniers d'un état membre, de la validité de certificats d'importation dans le cadre de la première acceptation des déclarations à l'importation (C.J.U.E., 13 novembre 1984, *Van Gend & Loos*, aff. jtes 98/83 et 230/83, pt 19-20), ni la certification par l'autorité nationale de l'exactitude factuelle et comptable de la demande de paiement du solde en ce qui concerne le paiement de ce solde (T.U.E., 14 décembre 2006, *Branco*, T-162/04, pt 120).

le poids face à l'intérêt de l'Union européenne. Les décisions en matière d'aides d'état sont symptomatiques à cet égard, comme le confirment les termes choisis par le Tribunal :

S'agissant de la prétendue *ignorance*, dans les PME, de la réglementation applicable aux aides publiques et de la complexité de la notion d'aide d'État, elles ne sauraient être regardées comme des circonstances exceptionnelles susceptibles de fonder une quelconque confiance légitime dans la régularité des aides consenties. Les bénéficiaires d'aides ne sauraient, du reste, sur la base de considérations liées à leur taille, être dispensés de se tenir informés des règles de droit communautaire, sous peine de porter atteinte à l'*effet utile* de ce droit³⁷¹.

L'effectivité du système des aides d'État est à ce point fondamentale pour l'ordre juridique de l'Union qu'un argument tiré de l'ignorance de ses règles ne peut être reçu. Le problème en la matière n'est cependant pas tant de connaître les grands principes applicables que d'être capable d'identifier, parmi les mesures avantageuses prises par l'état, celles qui sont condamnables au regard de ces principes.

B. L'application de l'acte

97. — L'application d'un acte se révèle particulièrement problématique dans sa dimension temporelle. Tant en ce qui concerne le principe de non-rétroactivité (1) que l'obligation pour les autorités administratives d'agir dans un délai raisonnable (2), il paraît difficile de concilier les principes énoncés par la Cour de justice et les applications qu'elle en fait, nettement moins favorables pour les particuliers.

1. Le principe de non-rétroactivité

98. — Selon la Cour, le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que l'entrée en vigueur d'un acte de l'Union soit fixée à une date antérieure à sa publication, sauf, à titre exceptionnel, si le but à atteindre l'exige, si la confiance légitime des intéressés est dûment respectée et s'il résulte clairement des termes, finalités ou économie des nouvelles règles qu'un effet rétroactif doit leur être attribué³⁷². Malgré le caractère très strict

³⁷¹ T.U.E., 29 septembre 2000, CETM, T-55/99, pt 126 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. T.U.E., 15 juin 2000, Alzetta e.a., aff. jtes T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à 607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, pt 172 ; 14 janvier 2004, Fleuren Compost, T-109/01, pt 140.

³⁷² Voy. *supra*, n° 46.

de ces conditions, le principe de sécurité juridique, mis sur un piédestal théorique, est à nouveau malmené lors de son application. La Cour ne semble en outre pas contrôler systématiquement toutes les conditions qu'elle a consacrées lorsqu'elle tolère une disposition rétroactive³⁷³. Dans certaines affaires, elle s'est ainsi contentée de constater que le but à atteindre de l'acte européen concerné exigeait la rétroactivité et que la confiance légitime des intéressés avait été dûment respectée, sans vérifier les termes, finalités ou économie de cet acte³⁷⁴. Dans l'arrêt *Fratelli Pardini*, la Cour n'a vérifié que la condition relative à la confiance légitime des intéressés pour conclure que « les effets rétroactifs » d'une disposition litigieuse n'étaient pas contraires au principe de sécurité juridique³⁷⁵. Dans d'autres arrêts, elle a visé uniquement la condition relative aux termes, finalités ou économie des nouvelles règles, sans évoquer les conditions relatives à la confiance légitime et à l'objectif de la mesure³⁷⁶. Si la Cour adopte ainsi la position souple de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la portée du principe de non-rétroactivité³⁷⁷, elle refuse néanmoins de procéder à la vérification des conditions strictes qu'elle a elle-même édictées en matière de rétroactivité³⁷⁸.

99. — Lorsqu'elle n'omet pas de vérifier une des conditions, son contrôle se révèle assez indulgent à l'égard des normes contestées. Si

³⁷³ La condition selon laquelle cette rétroactivité doit être exceptionnelle, si elle est évidemment louable, ne nous semble pas avoir de réel contenu normatif, sauf à imaginer la Commission enchaîner les règlements rétroactifs et la Cour de justice s'en émouvoir.

³⁷⁴ C.J.U.E., 9 janvier 1990, SAFA, C-337/88, pts 23-24; 26 mars 1998, Odette Nikou Petridi, C-324/96; 19 mai 1982, Staple Dairy Products, aff. 84/81, *Rec.* p. 1763.

³⁷⁵ C.J.U.E., 21 avril 1988, Fratelli Pardini, aff. 338/85, pt 26. Voy. les concl. de l'avocat général Darmon (*Rec.* p. 2058).

³⁷⁶ C.J.U.E., 15 juillet 1993, GruSa Fleisch, C-34/92, pt 22; 29 janvier 2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, pt 49; 18 avril 2002, Duchon, C-290/00, pt 21; 9 mars 2006, Beemsterboer, C-293/04, pt 21; T.U.E., 12 septembre 2007, González, T-25/04, pt 58; C.J.U.E., 11 décembre 2008, Freistaat, C-334/07 P, pt 44. Voy. la formulation ambiguë retenue dans T.U.E., 21 novembre 2012, Espagne/Commission, T-76/11, pt 26.

³⁷⁷ Voy. *supra*, n° 47.

³⁷⁸ Interrogée sur l'interprétation de l'article 17 du règlement n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, la Cour semble même avoir inversé l'une d'entre elles, en considérant que « rien dans le texte » de cette disposition ne permettait de conclure que la possibilité qu'elle offrait aux

on peut s'interroger sur le contenu normatif de la condition relative au caractère « exceptionnel » de la rétroactivité, il résulte en tout cas de la jurisprudence de la Cour que sa force opératoire est pour le moins limitée³⁷⁹. Il est rare que les juridictions remettent en cause le fait que le caractère rétroactif d'une disposition est exigé par le but qu'elle poursuit³⁸⁰. La Cour a ainsi considéré que la rétroactivité était justifiée par les objectifs de stabilisation du marché européen des édulcorants³⁸¹, d'équilibre du système agro-alimentaire³⁸² et de continuité dans le maintien du niveau des prix agricoles existant en Allemagne lors de la réévaluation du Deutsche Mark³⁸³.

La condition selon laquelle la confiance légitime des intéressés doit avoir été « dûment » respectée est généralement jugée remplie, au point qu'il est tentant de s'interroger sur la pertinence de son maintien³⁸⁴. Trois exemples permettent de s'en assurer. La Cour a ainsi refusé d'annuler une décision entrée en vigueur à la date de sa publication, soit le 31 octobre 1980, et prévoyant des quotas de production pour l'industrie sidérurgique à partir du 1^{er} octobre 1980. Les entreprises dénonçaient le caractère rétroactif de cette décision dès lors que les opérations commerciales réalisées au cours du mois d'octobre permettaient de déterminer *a posteriori* si la production et les livraisons pendant cette période avaient dépassé le quota attribué pour le trimestre

états membres ne pouvait être « exercée que pour l'avenir » (C.J.U.E., 17 mai 1984, Brusse, aff. 101/83, pt 20).

³⁷⁹ T. Tridimas relève que la Cour a rejeté la majorité des griefs dénonçant des mesures rétroactives (*The General Principles of EC Law*, *op. cit.*, p. 256). R.-E. Papadopolou observe également que, « s'il est constamment souligné que la non-rétroactivité ne saurait être méconnue qu'"à titre exceptionnel", en réalité les rôles sont en quelque sorte inversés : les cas où une rétroactivité est admise n'apparaissent plus comme des exceptions au principe, mais ils acquièrent au contraire une ampleur qui, au nom de l'efficacité économique, les réduit plutôt au rang de "principes d'exception" » (*Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 214).

³⁸⁰ Voy. les exemples cités *supra*, n° 46 et ceux évoqués par T. Tridimas (*The General Principles of EC Law*, *op. cit.*, p. 257-259).

³⁸¹ C.J.U.E., 30 septembre 1982, Amylum, aff. 108/81, *Rec.* p. 3107.

³⁸² C.J.U.E., 19 mai 1982, Staple Dairy Products, aff. 84/81, *Rec.* p. 1763.

³⁸³ C.J.U.E., 11 février 1971, Rewe-Zentrale, aff. 37/70, pt 15. R.-E. Papadopolou relève que la notion de « but légitime » permet aux institutions européennes « de donner aux règles qu'elles édictent un effet rétroactif chaque fois qu'elles le désirent » (*Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 213).

³⁸⁴ Voy. notamment C.J.U.E., 30 septembre 1982, Amylum, aff. 108/81, pt 13. En outre, la Cour ne semble pas vérifier les conditions qu'elle a consacrées dans les autres cas d'application du principe de confiance légitime (voy. *supra*, n° 33).

et donc si elles étaient en infraction. Selon la Cour, il était nécessaire d'inclure le mois d'octobre dans le système, précisément « pour éviter que des entreprises augmentent leur production en octobre en prévision des diminutions à appliquer par la suite ». Par ailleurs, la Cour considéra que la confiance légitime des intéressés avait été respectée par la Commission dès lors qu'elle avait adopté, le 11 octobre 1980, d'une part une communication précisant qu'elle entendait inclure le mois d'octobre dans le système de quotas et, d'autre part, une décision obligeant les entreprises à fournir des renseignements sur leur production de ce mois³⁸⁵. Ni le fait que l'objectif de la décision rétroactive était précisément de surprendre les entreprises, ni le fait que la date du 11 octobre était postérieure au 1^{er} octobre ne semblent avoir troublé la Cour dans son appréciation du respect de la confiance légitime de ces entreprises³⁸⁶.

Dans une autre affaire, un règlement imposait la fixation d'une cotisation à payer par les producteurs de sucre afin de couvrir la différence entre les prix sur le marché mondial et dans la Communauté. Ce règlement prévoyait que les cotisations étaient dues avant la fin de chaque campagne de commercialisation, sur la base des pertes prévisibles pour les futurs engagements à l'exportation. En raison d'une « brutale chute du dollar » et de l'effondrement des cours mondiaux du sucre au cours de la campagne se terminant le 30 juin 1987, le Conseil adopta, le 2 juillet 1987, un règlement qui imposait aux producteurs de sucre une cotisation complémentaire afin de résorber les pertes subies par la Communauté dans ce secteur. Des juridictions allemandes adressèrent plusieurs questions préjudicielles à la Cour, l'interrogeant notamment sur la violation, par ce second règlement, du principe de non-rétroactivité. La juridiction européenne constata que, si les cotisations devaient en principe être fixées avant la fin de la campagne de commercialisation, « l'influence de certains événements exceptionnels » pouvait « ne pas avoir été prévue avec suffisamment de précision au moment de l'établissement des cotisations », auquel cas il était « légitime que ce ne soit qu'après constatation du plein effet

³⁸⁵ C.J.U.E., 16 février 1982, Rumi, aff. 258/80, pt 11.

³⁸⁶ Elle relève pourtant que « dans sa communication du 11 octobre, la Commission n'indiquait pas quel serait le niveau des quotas, ce qui pouvait empêcher les entreprises de tirer des conséquences précises de la recommandation de la Commission afin d'éviter que leur production ne soit excessive par rapport aux quotas qui seraient attribués pour l'ensemble du trimestre » (*idem*).

de ces événements, et, éventuellement, à l'expiration de la campagne au cours de laquelle ils se sont réalisés, que les charges à financer par les producteurs puissent être établies ». A défaut d'une telle mesure, le but de stabilisation « dans l'intérêt commun du marché du sucre » n'aurait pu être « atteint qu'en grevant le budget de la Communauté, alors que le financement intégral par les producteurs est un principe de l'organisation commune du marché du sucre ». Le but à atteindre exigeait donc la rétroactivité. Quant à la confiance légitime des producteurs, la Cour considéra qu'elle avait été respectée dès lors qu'ils devaient s'attendre à supporter les charges financières en cas d'excédents résultant du rapport entre la production de la Communauté et sa consommation, au-delà même des plafonds prévus par le premier règlement³⁸⁷. En d'autres termes, l'imprévisibilité, pour les autorités, de ces « événements exceptionnels » justifiait la rétroactivité mais ne permettait pas de considérer que les producteurs de sucre ne pouvaient légitimement s'attendre à en supporter les conséquences.

Enfin, en matière de lignes directrices de l'action de la Commission en droit de la concurrence, la Cour a développé une jurisprudence théorique très respectueuse du principe de sécurité juridique, en déclarant, dans un arrêt *Dansk Rørindustri*, que « la modification d'une politique répressive, en l'occurrence la politique générale de la concurrence de la Commission en matière d'amendes, en particulier si elle est opérée par l'adoption de règles de conduite telles que les lignes directrices, peut avoir des incidences au regard du principe de non-rétroactivité », dès lors que « de telles règles de conduite relèvent, en principe, de la notion de "droit" au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la CEDH ». Dans ce même arrêt, la Cour a cependant considéré que, à l'époque où les infractions concernées furent commises, la nouvelle méthode de calcul des amendes prévue dans les lignes directrices était « raisonnablement prévisible », dès lors que les entreprises ne pouvaient ignorer que « l'application efficace des règles communautaires de la concurrence exige que la Commission puisse à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins de cette politique ». Et la Cour de conclure qu'en appliquant les lignes directrices dans la décision litigieuse à des infractions commises avant leur adoption, la Commission n'avait

³⁸⁷ C.J.U.E., 21 février 1991, Zuckerfabrik, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, pts 48-60. La Cour évoque, il est vrai, la publication, au *Journal officiel* du 3 avril 1987, d'une proposition de la Commission portant instauration d'une cotisation de résorption spéciale (pt 59).

pas violé le principe de non-rétroactivité³⁸⁸. A nouveau, la constatation réalisée *in concreto* revient à ébranler les principes énoncés *in abstracto*. En effet, s'il est raisonnablement prévisible que la Commission « puisse à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins » de sa politique de concurrence, on peut se demander quelle protection peuvent attendre les sujets de droit du fait que « la modification d'une politique répressive [...], en particulier si elle est opérée par l'adoption de règles de conduite telles que les lignes directrices » peut avoir des « incidences au regard du principe de non-rétroactivité ». Il est tentant d'en conclure que, ce que la Cour donne d'une main, elle le reprend de l'autre. Réitérant ces mêmes principes, le Tribunal a jugé que le fait que la nouvelle politique de la Commission ait pour conséquence l'imposition d'amendes dont les montants « seraient entre 43 et 153 fois supérieurs à ceux des amendes qui auraient été infligées sur la base de la pratique antérieure » n'était pas davantage « susceptible d'entraîner une violation du principe de non-rétroactivité³⁸⁹ ». Il est difficile de ne pas se demander si une telle augmentation était raisonnablement prévisible par un opérateur économique normalement prudent et diligent.

100. — En principe, un acte interprétatif ne doit pas respecter les conditions strictes de la rétroactivité. Sans doute consciente du caractère parfois flou des limites entre acte rétroactif et interprétatif, la Cour a généreusement jugé, dans un arrêt *Beemsterboer*, que l'effet interprétatif « reconnu à une disposition de droit matériel ne doit pas compromettre les principes fondamentaux de la Communauté, notamment les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en vertu desquels la législation communautaire doit être claire et prévisible pour les justiciables³⁹⁰ ». Dans ce même arrêt, elle a cependant considéré qu'il convenait d'appliquer à des situations acquises antérieurement à son entrée en vigueur un règlement précisant certaines notions du code des douanes. Selon la Cour, en effet, la modification revêtait un caractère essentiellement interprétatif et tendait « à améliorer la sécurité juridique, tout en opérant un partage du risque d'incertitude entre l'importateur et

³⁸⁸ C.J.U.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a.*, aff. jtes C-189/02 P [...], pts 222-232. Voy. également C.J.U.E., 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland e.a.*, C-397/03 P, pts 20-25.

³⁸⁹ T.U.E., 27 septembre 2006, *Archer Daniels Midland*, T-329/01, pt 48.

³⁹⁰ C.J.U.E., 9 mars 2006, *Beemsterboer*, C-293/04, pts 24-25.

le système et en précisant les obligations des autorités douanières³⁹¹ ». Dans son application du principe énoncé, la Cour ne vérifia cependant pas le respect de la sécurité juridique et de la confiance légitime des parties au moment de l'entrée en vigueur du règlement interprétatif mais seulement le fait que celui-ci permettrait leur respect à l'avenir, imposant aux parties une interprétation qui n'avait, par définition, rien d'évident dès lors qu'elle avait justifié l'adoption de ce règlement.

101. — Ces différents arrêts illustrent de façon tout à fait remarquable le fait que les juridictions de l'Union, confrontées à des actes de droit dérivé susceptibles de poser problème au regard des exigences qu'elles ont elles-mêmes posées en matière de rétroactivité, ont choisi à de nombreuses reprises de privilégier l'intérêt de l'Union à ce que ces actes soient maintenus plutôt que celui des justiciables à ce qu'ils soient annulés ou invalidés. Dans d'autres cas, la Cour a préféré préserver les sensibilités des états membres, particulièrement lorsqu'elle a malmené leur ordre juridique dans un arrêt antérieur, comme en témoigne son arrêt *Förster* du 18 novembre 2008³⁹². Les faits sont les suivants. Le 5 mars 2000, une ressortissante allemande, Mme Förster, s'établit aux Pays-Bas où elle poursuit des études tout en exerçant plusieurs activités salariées. A partir du mois de septembre 2000, l'*Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* (ci-après l'« IB-Groep ») lui accorde une bourse, dès lors qu'elle peut être considérée comme un « travailleur » au sens de l'article 39 TCE et que, en vertu d'un règlement européen, elle doit donc être assimilée à une étudiante de nationalité néerlandaise. Ayant constaté que Mme Förster n'avait pas effectué de travail rémunéré entre les mois de juillet et décembre 2003, l'IB-Groep annule, le 3 mars 2005, la décision concernant la bourse accordée pour cette période et l'invite à rembourser les sommes indues. Le 15 mars 2005, la Cour de justice décide, dans un arrêt *Bidar*, que l'article 12, 1^{er} alinéa, TCE s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne l'octroi aux étudiants d'une aide couvrant leurs frais d'entretien à leur établissement dans l'État membre d'accueil, tout en réservant aux nationaux le statut de personne établie. La Cour admet cependant qu'il est légitime pour un état membre d'exiger, pour l'octroi d'une bourse, un séjour d'une certaine période³⁹³. A la suite de cet arrêt, l'IB-Groep adopte, le

³⁹¹ C.J.U.E., 9 mars 2006, *Beemsterboer*, C-293/04, pts 24-25.

³⁹² C.J.U.E., 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07.

³⁹³ C.J.U.E., 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, pts 58-59.

9 mai 2005, une « ligne directrice » qui introduit une condition de séjour légal aux Pays-Bas pendant une période ininterrompue d'au moins cinq ans, et qui entre en vigueur, avec effet rétroactif à compter du 15 mars 2005. Saisie du recours formé par Mme Förster contre la décision du 3 mars 2005, la juridiction d'appel néerlandaise interroge la Cour sur la possibilité, au regard notamment de la sécurité juridique, d'opposer aux intéressés qui ont puisé des droits dans l'arrêt *Bidar* « des conditions légitimes liées à ces droits concernant des périodes passées si ces conditions ont fait l'objet d'une publication peu de temps après que cet arrêt a été rendu ».

Dans son arrêt, la Cour de justice rappelle que, pour être proportionnée, une condition de résidence doit être appliquée par les autorités nationales sur la base de critères clairs et connus à l'avance et que le principe de sécurité juridique exige que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets. Étonnamment, la Cour estime que, « dans une situation telle que celle en cause au principal, la soumission du droit des étudiants provenant d'autres États membres à une bourse d'entretien à une condition de résidence en tant qu'élément constitutif de ce droit ne comporte pas de conséquences négatives pour les intéressés » et que, dans la mesure où « la ligne directrice du 9 mai 2005 implique pour les intéressés des droits plus importants que ceux qu'ils tiraient du régime national antérieur », l'exigence que la condition de résidence soit appliquée sur la base de critères connus à l'avance « ne trouve pas à s'appliquer dans le cas d'espèce ». Pourtant, les droits auxquels prétendait Mme Förster ne résultaient pas de cette ligne directrice mais, avant tout, de l'arrêt *Bidar*, dont les effets n'avaient pas été limités dans le temps³⁹⁴. En revanche, le fait de refuser sa demande à défaut d'intégration dans la société néerlandaise pour la période litigieuse revenait à la priver rétroactivement d'un droit subjectif qu'elle

³⁹⁴ La Cour constate explicitement « que les effets de l'arrêt *Bidar*, précité, n'ayant pas été limités dans le temps, l'interprétation de l'article 12 CE, telle qu'elle résulte de cet arrêt, peut et doit être appliquée par les juridictions nationales à des rapports juridiques nés et constitués avant ledit arrêt [...] » (pt 66).

tirait du droit européen, ce que la Cour a permis sans vérifier les conditions de la rétroactivité³⁹⁵.

2. Le délai raisonnable

102. — Le principe de sécurité juridique et, dans certains cas, celui de confiance légitime, exigent le respect par la Commission d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions administratives³⁹⁶. Après une réticence initiale, la Cour a consacré des solutions généreuses à l'égard des justiciables, forçant la Commission à agir avec diligence (a). A nouveau, la jurisprudence postérieure s'est évertuée à restreindre la portée de ces principes protecteurs de la logique subjective de la sécurité juridique, en restreignant les conditions d'application du principe (b) ou en se montrant très exigeante dans les cas concrets (c).

a) *La consécration laborieuse*

103. — Dans un arrêt *ACF Chemiefarma* du 15 juillet 1970, la requérante faisait grief à la Commission de ne pas avoir tenu compte de ce que l'infraction en matière de concurrence qui lui était reprochée serait couverte par la prescription, eu égard au délai écoulé entre la date des faits et l'ouverture de la procédure. L'avocat général Gand avait conclu qu'il fallait reconnaître un délai de prescription de cinq ans en l'absence de texte européen en la matière. Selon l'éminent juriste, « même si la sécurité juridique n'est pas ce qui justifie l'existence de la prescription, elle est cependant inséparable de celle-ci ». Constatant que l'institution de la prescription était consacrée dans les divers systèmes juridiques, que les raisons qui la justifiaient étaient également valables dans le système du droit européen et qu'aucune considération propre à celui-ci n'imposait son exclusion, il enjoignit à la Cour d'en reconnaître l'existence, « le silence du législateur communautaire ne pouvant être interprété comme traduisant son intention d'écarter un principe aussi

³⁹⁵ D'autant que la ligne directrice n'avait vocation à s'appliquer qu'à partir du 15 mars et que les faits et la décision litigieuse étaient antérieurs à cette date. La Cour ose néanmoins affirmer que, « (e)n permettant aux intéressés de connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations, la condition de résidence établie par la ligne directrice du 9 mai 2005 est, par son existence même, de nature à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l'octroi de bourses d'entretien aux étudiants » (pt 57).

³⁹⁶ Voy. *supra*, n° 49.

généralement admis³⁹⁷ ». La Cour rejeta ces arguments au motif que les textes concernés ne prévoyaient aucune prescription, que « pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance » et que la « fixation de sa durée et des modalités d'application relève de la compétence du législateur communautaire³⁹⁸ ». Quelques mois plus tard, l'avocat général Roemer allait dans le même sens que l'avocat général Gand, plaissant qu'« exclusion radicalement la prescription en matière de péréquation des ferrailles serait en effet méconnaître entièrement le principe de la sécurité juridique³⁹⁹ ». La Cour refusa à nouveau de suivre son avocat général et jugea que « l'absence de dispositions relatives à la prescription des pouvoirs des autorités compétentes pour l'évaluation d'office des quantités et des périodes au vu desquelles les entreprises sont assujetties à l'obligation de contribuer au mécanisme de péréquation s'explique par la volonté du législateur de faire prévaloir dans la matière le principe de la justice distributive sur ceux de la sécurité juridique⁴⁰⁰ ». Deux ans plus tard, la Cour de justice, après avoir rappelé les principes de son arrêt *ACF*⁴⁰¹, décida cependant que, « en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes⁴⁰² ». Bien que la Cour ait considéré que tel n'était pas le cas en l'espèce, il n'en restait pas moins qu'elle avait consacré la possibilité

³⁹⁷ Concl. de l'avocat général Gand dans l'aff. C-41/69, *Chemiefarma*, *Rec.* p. 726-727.

³⁹⁸ C.J.U.E., 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma*, aff. 41/69, pts 19 et 20. En fait, l'expression « pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique » crée la confusion en ce qui concerne les destinataires du principe. L'exigence que le délai de prescription soit fixé à l'avance est nécessaire pour informer les particuliers qui veulent introduire un recours. En ce qui concerne ceux qui souhaitent bénéficier d'une limitation dans le temps des prétentions des premiers, elle est peut être utile sur le plan subjectif mais elle n'est pas indispensable.

³⁹⁹ Concl. de l'avocat général Roemer dans l'aff. 2/70, *Riva*, *Rec.* 1971, p. 117.

⁴⁰⁰ C.J.U.E., 3 mars 1971, *Riva*, aff. 2/70, pt 13.

⁴⁰¹ Principes qui ont été répétés à plusieurs reprises par la suite (C.J.U.E., 24 septembre 2002, *Falck e.a.*, C-74/00 P et C-75/00 P, pt 140 ; T.U.E., 17 septembre 2003, *Neuss e.a.*, T-137/01, pt 123 ; C.J.U.E., 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-372/97, pt 116 ; T.U.E., 1er juillet 2004, *Salzgitter*, T-308/00, pt 161).

⁴⁰² C.J.U.E., 14 juillet 1972, *ICI*, aff. 48-69, pt 49 ; 14 juillet 1972, *ACNA*, aff. 57/69, pt 32. A la suite de ces signaux jurisprudentiels, le législateur européen a adopté le règlement CEE n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence.

d'un contrôle du délai d'action de la Commission qu'elle avait rejeté peu de temps auparavant.

104. — Passant outre ses réticences initiales à prendre la place du législateur, la Cour décida, dans un arrêt *Lorenz* déjà évoqué, d'imposer à la Commission un délai de deux mois pour prendre position sur les projets d'aides d'état notifiés⁴⁰³. Par la suite, la Cour a circonscrit ce délai prétorien aux cas où la Commission a pu disposer des éléments nécessaires pour sa prise de décision et n'a pas été confrontée aux réticences des autorités nationales⁴⁰⁴. L'avocat général Jacobs observait en outre que la Cour avait « jugé à plusieurs reprises que les stricts principes de l'arrêt *Lorenz* ne s'appliquaient pas lorsqu'un État membre avait mis en œuvre l'aide avant de la notifier ou avant une décision positive de la Commission » et que celle-ci n'était « plus alors tenue que par son obligation d'agir avec diligence et dans un délai raisonnable⁴⁰⁵ ». Et l'éminent juriste de citer l'arrêt *RSV*, dans lequel la Cour considéra que le fait pour la Commission de prendre une décision 26 mois après la notification d'une aide d'état pouvait, en l'espèce, fonder chez la requérante une confiance légitime de nature à empêcher la restitution de l'aide⁴⁰⁶.

105. — Malgré la jurisprudence de la Cour, le Tribunal estima, plusieurs années plus tard, que les délais de prescription devaient être fixés d'avance et qu'une application par analogie n'était, en principe, pas possible⁴⁰⁷ alors que la Cour confirmait, à la même époque, cette possibilité en matière de recouvrement T.V.A.⁴⁰⁸. Dans un arrêt du 16

⁴⁰³ C.J.U.E., 11 décembre 1973, *Lorenz*, aff. 120/73, *Rec.* p. 1431. Dans ses conclusions avant cet arrêt, l'avocat général Reischl avait proposé que les aides notifiées deviennent des aides existantes à l'expiration d'une durée jugée raisonnable (*Rec.* p. 1491-1492).

⁴⁰⁴ Voy. la jurispr. citée *supra*, n° 49.

⁴⁰⁵ Concl. de l'avocat général Jacobs dans l'aff. C-99/98, Autriche/Commission, pt 79.

⁴⁰⁶ C.J.U.E., 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, pt 17.

⁴⁰⁷ T.U.E., 15 septembre 1998, *BFM et EFIM*, aff. jtes T-126/96 et T-127/96, pt 68.

⁴⁰⁸ C.J.U.E., 12 septembre 2000, *Commission/France*, C-276/97, pts 63 à 69. La Commission ayant, en l'espèce, décidé d'introduire son recours contre la France le 30 juillet 1997, elle ne pouvait être fondée à exiger le versement *a posteriori* des ressources propres TVA augmentées des intérêts de retard qu'à partir de l'exercice budgétaire 1993. La Cour jugea que, dès lors que le droit communautaire excluait toute rectification budgétaire au-delà de quatre exercices budgétaires, « les mêmes considérations de sécurité juridique justifient une application par analogie [...] lorsque la Commission décide d'engager une procédure en manquement en vue

décembre 1999, le Tribunal constata qu'au moment de l'adoption de la décision attaquée devant lui, « aucun délai de prescription n'avait été fixé par le législateur communautaire en matière d'actions de la Commission à l'égard d'aides étatiques non notifiées » et que, par conséquent, la « Commission n'était pas tenue de respecter un délai de prescription lorsqu'elle a adopté cette décision⁴⁰⁹ ». Sur pourvoi exercé contre cet arrêt, la Cour de justice confirma que, « en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs » et en conclut que le Tribunal avait « commis une erreur de droit en limitant son examen du grief relatif à l'action tardive de la Commission à la constatation selon laquelle aucun délai de prescription n'existait dans le domaine considéré et en ne vérifiant pas si cette dernière n'avait pas agi de manière excessivement tardive⁴¹⁰ ». En dépit de cette mise au point, le Tribunal décida en 2003 qu'en l'absence de délai de prescription, « la requérante ne pouvait se prévaloir d'aucune confiance légitime ou sécurité juridique à l'égard de la prescription d'une aide non notifiée⁴¹¹ », avant d'admettre, en 2004, que « (l)a violation par la Commission de l'exigence fondamentale de la sécurité juridique ne saurait être exclue, [...] ni au motif de l'absence d'un délai de prescription ni en raison de l'absence de notification préalable des mesures d'aides en cause [...]»⁴¹² ». Cette reconnaissance, fort tardive, de l'exigence d'un délai raisonnable dans le cadre de poursuites

d'obtenir le versement *a posteriori* de ressources propres TVA ». Plus récemment, la Cour a même admis une application par analogie d'un délai de prescription à condition qu'elle ait été suffisamment prévisible pour le justiciable (C.J.U.E., 5 mai 2011, Ze Fu Fleischhandel, aff. jtes C-201/10 et C-202/10, pts 32-34).

⁴⁰⁹ T.U.E., 16 décembre 1999, Falck, T-158/96, pt 69. Le Tribunal avait pourtant admis que « l'écoulement d'un délai important durant lequel la Commission n'entreprend aucune démarche à l'égard d'une entreprise et [...] l'adoption d'une mesure affectant la situation de celle-ci au terme d'un tel délai sont éventuellement de nature à violer le principe de sécurité juridique » (T.U.E., 24 avril 1996, Industrias Pesqueras Campos e.a., aff. jtes T-551/93, T-231/94-T-234/94, pts 76 et 119).

⁴¹⁰ C.J.U.E., 24 septembre 2002, Falck, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, pts 140-141. La Cour considéra cependant qu'une décision adoptée le 17 juillet 1996 par la Commission et relative à des aides octroyées notamment en 1987 n'était pas « excessivement tardive » (pt 144).

⁴¹¹ T.U.E., 10 avril 2003, Scott, T-366/00, pt 62. Par un arrêt du 6 octobre 2005 (Scott, C-276/03 P), la Cour a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt, le motif litigieux ne constituant pas une étape nécessaire du raisonnement du Tribunal (pt 37). Voy. également T.U.E., 17 septembre 2003, Neuss, T-137/01, pt 123.

⁴¹² T.U.E., 1^{er} juillet 2004, Salzgitter, T-308/00, pt 161.

administratives n'a cependant pas tenu ses promesses et l'austérité de la pratique s'est bientôt vue complétée par la rigidité accrue du discours.

b) La sévérité de la pratique

106. — Si l'arrêt *RSV* fut souvent invoqué par les entreprises contre lesquelles la Commission prenait des décisions au-delà d'un délai de trois ans, la Cour ne tarda pas à faire comprendre aux requérants qu'il s'agissait d'un cas exceptionnel, justifié uniquement par les circonstances particulières de l'espèce, à savoir le fait que « la mesure en cause dans ledit arrêt concernait un secteur qui, depuis plusieurs années, était bénéficiaire d'aides d'État autorisées par la Commission et elle était destinée à faire face aux coûts supplémentaires d'une opération qui avait déjà bénéficié d'une aide autorisée⁴¹³ » ou encore le fait que « l'aide en cause avait fait l'objet, quoique après son versement au bénéficiaire, d'une procédure de notification formelle à la Commission⁴¹⁴ ». Ces « circonstances particulières » de l'arrêt *RSV*, invoquées pour démarquer un cas d'espèce de cette affaire, sont cependant invoquées de façon quelque peu aléatoire. Si le Tribunal avait pu invoquer le fait que, dans cet arrêt, « l'aide en cause avait fait l'objet, quoique après son versement au bénéficiaire, d'une procédure de notification formelle à la Commission⁴¹⁵ », la Cour ne put recourir à cet argument dans un arrêt du 29 avril 2004. Dans cette affaire, la Grèce avait, en 1993, informé la Commission de son intention d'annuler les dettes de plusieurs coopératives auprès de la Banque agricole nationale. L'exécutif européen apprit que l'aide litigieuse avait déjà été octroyée à une coopérative et décida de l'inscrire au registre des aides non notifiées. Elle attendit cependant le 19 décembre 1997 pour communiquer à la République hellénique sa décision d'engager la procédure d'examen et le 1^{er} mars 2000 pour adopter une décision jugeant les aides irrégulières. Confrontée à des circonstances assez proches de l'arrêt *RSV*, c'est-à-dire une aide notifiée à la Commission après son versement au bénéficiaire, la Cour insista sur le fait qu'en l'espèce, et contrairement à l'arrêt *RSV*, il s'agissait de nouveaux régimes d'aides qui justifiaient un examen approfondi de la Commission. Elle conclut, sans examiner le

⁴¹³ C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-298/00 P., pt 90.

⁴¹⁴ T.U.E., 9 septembre 2009, Diputación Foral de Álava, aff. jtes, T-30/01-T-32/01, T-86/02-T-88/02, pt 346.

⁴¹⁵ *Idem*.

délai de plus de sept ans entre la lettre de l'état grec et la décision finale de la Commission, que, dans ces conditions, la décision attaquée ne pouvait être regardée « comme portant atteinte à la confiance légitime des entreprises bénéficiaires desdites aides⁴¹⁶ ».

107. — A plusieurs reprises, les juridictions de l'Union ont été confrontées à des procédures dans lesquelles la décision administrative finale n'a été rendue qu'après l'écoulement de nombreuses années. Face aux requérants qui invoquaient la violation d'un délai raisonnable en s'appuyant sur le principe de sécurité juridique, elles se sont cependant montrées particulièrement sévères à l'aune des arrêts *Lorenz* et *RSV*, comme en témoignent les trois exemples suivants. Une plainte avait été déposée en 1990 auprès de la Commission, par la société NALOO, contre des entreprises accusées d'avoir violé le traité CECA. L'institution européenne décida en 1991 qu'elle n'était pas tenue d'intervenir et que la question relevait des juridictions nationales. Saisies du litige, celles-ci posèrent une question préjudicielle à la Cour de justice, qui donna tort à la Commission dans un arrêt *Banks* prononcé en 1994⁴¹⁷. La Commission ayant rejeté la nouvelle plainte introduite par la NALOO en 1994, celle-ci contesta cette décision auprès du Tribunal, qui lui donna raison en 2001⁴¹⁸. La Commission et les entreprises concernées décidèrent d'intenter un pourvoi contre cet arrêt, en invoquant la violation des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, notamment eu égard au délai écoulé depuis la décision de 1991. Par un arrêt prononcé le 2 octobre 2003, la Cour rejeta le recours en considérant que les entreprises devaient s'attendre, depuis son arrêt, à ce que la compatibilité de la situation antérieure avec le traité CECA fasse encore l'objet d'un contrôle⁴¹⁹. La solution retenue par la Cour paraît particulièrement dure. On peut en effet se demander, d'une part, si les sociétés concernées pouvaient effectivement s'attendre à être poursuivies onze ans après la première plainte et trois ans après avoir pris la décision de ne pas procéder à son examen et, d'autre part, s'il est conforme au principe de sécurité juridique tel qu'il est défini par

⁴¹⁶ C.J.U.E., 29 avril 2004, Grèce/Commission, C-278/00, pts 107-108.

⁴¹⁷ C.J.U.E., 13 avril 1994, *Banks*, C-128/92, pt 19.

⁴¹⁸ T.U.E., 7 février 2001, NALOO, T-89/98.

⁴¹⁹ C.J.U.E., 2 octobre 2003, NALOO, aff. jtes C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P et C-180/01 P, pts 109-110.

la Cour de prendre comme point de départ d'un délai raisonnable un arrêt de la Cour de justice rendu trois ans après cette décision⁴²⁰.

La situation de la société Branco paraît encore plus sévère. En 1987, elle avait introduit une demande de concours financier auprès du Fonds social européen (FSE) pour un projet d'action de formation professionnelle à destination des jeunes. La demande fut agréée le 25 mai 1988 et la moitié du montant du concours fut payée le 12 août 1988. Le 29 mars 1993, la Commission décida de réduire ce montant, ce que contesta la société Branco. Par un arrêt prononcé par défaut le 12 janvier 1995, le Tribunal annula cette décision en raison de l'absence de motivation⁴²¹ et rejeta, le 13 décembre 1995, l'opposition formée par la Commission⁴²². Le 16 décembre 1996, celle-ci adopta une nouvelle décision, dans le même sens que la première. Dans son recours en annulation, la société Branco fit valoir que le délai de plus de sept ans entre sa demande de paiement de solde et la décision litigieuse constituait une violation des principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique. Le Tribunal considéra que, cette entreprise n'ayant pas contesté le délai d'adoption de la première décision, seule la période postérieure à son arrêt du 12 janvier 1995 devait être prise en compte pour apprécier le caractère raisonnable du délai⁴²³. A l'issue d'un raisonnement particulièrement rigoureux et pauvrement motivé, il estima qu'une période de deux ans était raisonnable et rejeta le moyen⁴²⁴.

La société Branco a subi la rigueur des juges de Luxembourg dans une autre affaire. Par une décision du 27 mai 1987, la Commission lui avait notifié, par l'intermédiaire du FSE, qu'elle pouvait bénéficier d'un concours financier pour un autre projet d'action de formation. Alors que 50 % du montant du concours avait déjà été versé, le FSE demanda à la Commission, en avril 1989, de suspendre le paiement du solde en raison d'irrégularités détectées dans la demande de paiement

⁴²⁰ On relèvera par ailleurs que l'arrêt de la Cour date de 2003 et vise des faits commis en 1990.

⁴²¹ T.U.E., 12 janvier 1995, Branco, T-85/94.

⁴²² T.U.E., 13 décembre 1995, Branco, T-85/94.

⁴²³ T.U.E., 15 septembre 1998, Branco, T-142/97, pt 99.

⁴²⁴ L'écoulement d'un délai de 11 mois pour ajouter une motivation à une décision précédemment annulée paraît pour le moins important, particulièrement si on le compare au délai de 2 mois retenu par l'arrêt *Lorenz* en matière d'aides d'état, voy. *supra* n° 49. Pour un cas similaire d'approche très « souple » du délai raisonnable et donc très rigoureuse en termes de sécurité juridique, voy. T.U.E., 17 février 1998, Pharos, T-105/96, pts 65-72.

et communiquées à la police portugaise. La société Branco écrivit à la Commission le 30 mai 1994 afin de savoir ce qu'il en était de son dossier. Par une lettre du 16 juin 1994, la Commission répondit que l'enquête portugaise était toujours en cours. Par un arrêt du 11 juillet 1996, le Tribunal rejeta le recours en annulation introduit contre cette lettre, en l'absence de décision de la Commission sur la demande de paiement du solde (T-271/94). Le 30 juin 1997, la société Branco forma un recours en carence suite à l'absence de réponse de la Commission à son courrier du 27 février 1997 (T-194/97). Le 17 février 1998, l'exécutif européen adopta une décision de suspension du concours qui fit l'objet d'un recours en annulation le 26 mai 1998 (T-83/98). Par un arrêt prononcé le 27 janvier 2000, le Tribunal rejeta les recours après avoir joint les deux affaires. Au grief selon lequel la Commission avait dépassé le délai raisonnable pour l'adoption de sa décision, et donc violé le principe de sécurité juridique, le Tribunal répondit que, depuis son arrêt prononcé le 13 décembre 1995 dans la première affaire, la Commission ne pouvait ignorer qu'il lui appartenait de statuer sur les demandes de paiement de solde qui lui étaient soumises et que le délai était excessif. Cependant, le dépassement du délai raisonnable ne pouvait, en l'espèce, entraîner l'annulation d'une décision dès lors que, dans ce cas, la Commission ne pourrait qu'adopter de nouvelles décisions, *a fortiori* tardives, et que l'annulation serait donc dénuée de toute utilité⁴²⁵. Le 4 mai 2000, la cour d'appel de Lisbonne déclara prescrites les procédures pénales visant la société Branco. Le FSE ayant fait savoir à la Commission que, malgré cet arrêt, les dépenses éligibles au titre de la contribution du FSE s'élevaient à un montant inférieur au montant déjà payé, celle-ci exigea le remboursement de la différence par une décision du 8 août 2003, attaquée par Branco devant le Tribunal. Branco ayant soulevé un grief relatif à la violation des principes de sécurité juridique et de confiance légitime en raison du délai déraisonnable, le Tribunal admit que le délai entre la demande de paiement du solde et l'adoption de la décision litigieuse était de presque quinze ans, mais conclut qu'il n'était pas excessif et que la requérante ne saurait se prévaloir d'une prétendue insécurité juridique susceptible d'entraîner l'annulation de la décision litigieuse⁴²⁶. Il n'en reste pas moins que la société Branco était restée dans une situation d'incertitude

⁴²⁵ T.U.E., 27 janvier 2000, Branco, aff. jtes T-194/97 et T-83/98, pts 23 ; 90-91.

⁴²⁶ T.U.E., 14 décembre 2006, Branco, T-162/04, pts 127-128 et 139-146.

juridique imputable aux autorités publiques, nationales ou européennes, pendant près de vingt ans, sans qu'il n'en soit tiré aucune conséquence.

Dans les affaires *PVC*, la Commission avait, à la suite de vérifications effectuées en 1983, ouvert une procédure en matière d'ententes et de position dominante à l'encontre de quatorze producteurs de polychlorure de vinyle, qui aboutit à la sanction de plusieurs d'entre eux le 21 décembre 1988. Saisi d'un recours en annulation contre cette décision, le Tribunal la déclara inexistante par un arrêt du 27 février 1992⁴²⁷. Sur pourvoi de la Commission, la Cour annula cet arrêt, ainsi que la décision litigieuse⁴²⁸. Le 27 juillet 1994, la Commission infligea des amendes d'un même montant à la plupart des producteurs mis en cause par sa première décision. Ceux-ci introduisirent un recours en annulation devant le Tribunal qui réduisit les amendes infligées⁴²⁹. Sur pourvoi exercé contre cet arrêt, la Cour estima, en 2002, qu'il n'était « pas nécessaire de statuer sur la question de savoir si, et, le cas échéant, dans quelles conditions, une violation du principe du délai raisonnable » pouvait « être constatée, au terme d'une appréciation globale, du fait de la durée totale d'une procédure administrative et de procédures juridictionnelles, y compris une procédure finale sur pourvoi devant la Cour », dès lors que le principe du délai raisonnable n'avait pas été violé en l'espèce « malgré la durée exceptionnelle de la période écoulée entre le début de la procédure administrative et le présent arrêt ». La Cour justifia ainsi une procédure de près de vingt ans par la combinaison d'une procédure administrative complexe et de quatre procédures juridictionnelles successives, le respect des droits de la défense et la complexité de l'affaire⁴³⁰. A nouveau, il est légitime de se demander quelle durée de procédure aurait été requise, aux yeux de la Cour, pour constituer une violation du principe de sécurité juridique.

⁴²⁷ T.U.E., 27 février 1992, BASF e.a., aff. jtes, T-79/89, T-84/89-T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89.

⁴²⁸ C.J.U.E., 15 juin 1994, BASF e.a., C-137/92 P, pts 74-78.

⁴²⁹ T.U.E., 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a., aff. jtes T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94 (ci-après, l'arrêt « LVM »).

⁴³⁰ C.J.U.E., 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, pts 229-233 (*infra*, l'arrêt « LVM »).

c) La rigueur accrue du discours

108. — Outre cette application rigoureuse des principes énoncés, les juridictions ont, à l’instar de la jurisprudence relative au principe de confiance légitime, progressivement resserré les exigences pour qu’un délai puisse être jugé déraisonnable. Dans un arrêt de 2004, la Cour a ainsi précisé qu’en cas d’aides d’état non notifiées, un retard pris par la Commission pour décider qu’une aide est illégale ne saurait lui être imputé « qu’à partir du moment où elle a pris connaissance de l’existence des aides incompatibles avec le marché commun⁴³¹ ». En l’espèce, la Commission n’ayant eu connaissance des aides litigieuses qu’en septembre 1995, la Cour considéra que le délai écoulé entre cette date et la date d’adoption de la décision attaquée, à savoir le 30 juillet 1997, était raisonnable, bien que les aides eussent été versées en 1985. Même limitée de la sorte, l’exigence de délai raisonnable a encore fait l’objet d’appréciations restrictives. En 2009, le Tribunal a jugé qu’un délai de 39 mois entre le moment où la Commission avait eu connaissance des régimes d’aides en cause et l’ouverture de la procédure formelle d’examen était raisonnable eu égard à la complexité des questions de fait et de droit qui étaient posées, et que la Commission n’avait donc pas porté atteinte au principe général de sécurité juridique⁴³².

109. — Dans une ordonnance du 28 novembre 2005, le Tribunal a considéré que le simple écoulement de temps ne suffisait pas à établir le caractère excessivement tardif de l’action de la Commission « en l’absence d’un retard ou d’une autre négligence imputable à l’institution ». En l’espèce, le Tribunal constata qu’il n’avait pas été fait état d’une négligence de la Commission dans le déclenchement ou dans l’achèvement de la procédure administrative, mais du simple et objectif

⁴³¹ C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-372/97, pt 118. De façon encore plus radicale, la Cour a décidé, quelques mois plus tard, que « toute inaction apparente » de la Commission « est dépourvue de signification lorsqu’un régime d’aide ne lui a pas été notifié » (C.J.U.E., 11 novembre 2004, Demesa, aff. jtes C-183/02 P et C-187/02 P, pt 52). S’il est possible que la Cour n’ait pas souhaité accorder une telle portée à ce motif, elle l’a néanmoins répété récemment (C.J.U.E., 8 décembre 2011, France Télécom, C-81/10 P, pt 60).

⁴³² T.U.E., 9 septembre 2009, Diputación Foral de Álava/Commission, aff. jtes, T-30/01-T-32/01, T-86/02-T-88/02, pts 305-313. Ont également été considérés comme étant raisonnables des délais de trois ans (C.J.U.E., 14 février 1990, France/Commission, C-301/87, pt 28), 46 mois (T.U.E., 22 octobre 1997, SCK et FNK, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, pts 59-70) et même de 62 mois (T.U.E., 20 avril 1999, LVM, pts 123-136).

écoulement du temps à partir de la cessation d'infractions et que l'engagement de l'enquête de la Commission concernant les infractions en cause plus de cinq ans après la date de cessation de celles-ci et l'adoption de la décision litigieuse sept ans et demi après cette même date ne démontrait pas une quelconque violation du principe de sécurité juridique⁴³³. Or, l'exigence d'une négligence ne faisait pas partie des conditions posées par la jurisprudence antérieure. Elle fut néanmoins adoptée et renforcée par la Cour de justice dans la matière sensible des aides d'État.

110. — Dans l'affaire *Salzgitter*, le Tribunal avait estimé que la Commission avait méconnu le principe de sécurité juridique en demandant, par une décision adoptée le 28 juin 2000, la restitution des aides versées à la société Salzgitter entre 1986 et 1995. La solution retenue par le Tribunal reposait notamment sur le fait que le droit de l'Union en vigueur à l'époque ne permettait pas de déterminer clairement s'il existait une obligation de notification des aides susceptibles d'être octroyées à Salzgitter et que, la Commission ayant eu connaissance des aides litigieuses dès la fin de l'année 1988, sa décision violait le principe de sécurité juridique⁴³⁴. Sur pourvoi exercé contre cet arrêt, la Cour annula l'arrêt du Tribunal et décida que le droit en vigueur à l'époque « prévoyait de manière claire et non équivoque » cette obligation de notification. La Cour estima qu'il convenait « de prendre en considération le fait que le régime prévu par le traité CECA concernant les aides d'État se distingue, par son caractère particulièrement strict, de celui qui relève du TCE ». Il en résultait, selon la Cour, que lorsque, « dans le cadre du traité CECA, une aide a été accordée sans être notifiée, le retard mis par la Commission à exercer ses pouvoirs de contrôle et à ordonner la récupération de cette aide n'entache cette décision de récupération d'illégalité que dans des cas exceptionnels qui traduisent une *carence manifeste* de la Commission et une *violation évidente de son obligation de diligence*⁴³⁵ ». A nouveau, la Cour ajoute des critères d'invocabilité du principe de sécurité juridique qui sont de nature à restreindre sa portée⁴³⁶. Cette solution paraît d'autant plus rigoureuse que,

⁴³³ T.U.E., 18 novembre 2005, Selmani (ord.), T-299/04, pts 89-91.

⁴³⁴ T.U.E., 1^{er} juillet 2004, Salzgitter, T-308/00, pts 157-184.

⁴³⁵ C.J.U.E., 22 avril 2008, Salzgitter, C-408/04 P, pts 93-108 (nous soulignons).

⁴³⁶ L'arrêt *Falck* semblait déjà limiter le contrôle juridictionnel aux délais « excessivement » tardifs (C.J.U.E., 24 septembre 2002, Falck, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, pt 140).

en l'espèce, la Commission avait eu connaissance des aides litigieuses dès 1988, soit douze ans avant sa décision.

111. — Dans un arrêt *LVM*, le Tribunal a jugé, d'une façon peu compatible avec l'arrêt *RSV*, que la violation du principe général de respect d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions à l'issue des procédures administratives en matière de concurrence ne justifiait l'annulation de ces décisions « qu'en tant qu'elle emporterait également une violation des droits de la défense des entreprises concernées », plus précisément de leur capacité « de se défendre effectivement⁴³⁷ ». S'il est vrai que, dans cet arrêt, les requérants invoquaient la violation du droit à un procès équitable et non celle du principe de sécurité juridique⁴³⁸, tel n'était pas le cas dans l'arrêt de la Cour de justice du 12 mai 2005. Dans le cadre d'une procédure en manquement, le gouvernement belge faisait valoir que le recours introduit par la Commission était irrecevable en raison de la durée excessive de la procédure précontentieuse, soit près de trois ans. Selon le gouvernement belge, un tel retard était « incompatible avec les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime ». Ignorant l'argument, la Commission répondit que les autorités belges n'avaient « pas démontré en quoi la durée de la procédure précontentieuse aurait porté atteinte aux droits de la défense ». Selon la Cour, « s'il est vrai que la durée excessive de la procédure précontentieuse est susceptible de constituer un vice rendant un recours en manquement irrecevable, il ressort de la jurisprudence qu'une telle conclusion ne s'impose que dans les cas où le comportement de la Commission a rendu difficile la réfutation de ses arguments, violant ainsi les droits de la défense, et qu'il appartient à l'État membre intéressé d'apporter la preuve d'une telle difficulté⁴³⁹ ». Une

⁴³⁷ T.U.E., 20 avril 1999, *LVM*, pts 121-122.

⁴³⁸ La Commission avait cependant observé qu'elle ne contestait pas « l'existence, en droit communautaire, d'un principe général, fondé sur les exigences de sécurité juridique et de bonne administration, imposant à une autorité administrative d'exercer ses pouvoirs dans certaines limites de temps » (pt 116). En tout état de cause, cela ne justifie pas pour autant la formule restrictive adoptée par le Tribunal.

⁴³⁹ C.J.U.E., 12 mai 2005, *Commission/Belgique*, C-287/03, pts 10, 13 et 14. La Cour vise deux de ses arrêts à titre de précédent, soit les arrêts du 16 mai 1991, *Commission/Pays-Bas*, C-96/89, pts 15-16 et du 21 janvier 1999, *Commission/Belgique*, C-207/97, pts 24-25. Il convient cependant de relever que, dans ces deux cas, seule la violation des droits de la défense et non celle du principe de sécurité juridique était invoquée. En outre, il se pourrait que la Cour fasse une distinction entre exception d'irrecevabilité, pour laquelle seul le grief relatif aux droits de la

affirmation aussi péremptoire, certes formulée dans le cadre d'un grief d'irrecevabilité, paraît contraire aux arrêts de la Cour qui considèrent que le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission retarde indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs sans que la question des droits de la défense n'ait été soulevée comme telle. Si cette jurisprudence concerne principalement le domaine du droit de la concurrence, la formulation retenue par la Cour ne permet cependant pas d'en limiter la portée à cette branche du droit de l'Union, d'autant qu'elle a été généralisée par le Tribunal dans son arrêt *Eagle*⁴⁴⁰.

112. — La question du délai d'action de la Commission en cas de lacune législative est tout à fait représentative du fossé existant entre le discours et la pratique des juridictions de l'Union relatifs au principe de sécurité juridique, à la nuance près que la générosité de la Cour envers les justiciables n'a pas été formulée immédiatement, précisément pour des raisons de sécurité juridique. De façon intéressante, nous aurons l'occasion d'y revenir, la Cour avait en effet refusé d'imposer un délai d'action à la Commission au motif que, « pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance ». Une fois reconnue l'importance de limiter dans le temps les pouvoirs de l'exécutif européen, les juridictions de l'Union ont soit multiplié les conditions d'invocation du principe de sécurité juridique, soit conclu quasi-systématiquement au respect, en l'espèce, d'un délai raisonnable. Dans ces différents arrêts, le conflit est manifeste entre

défense pourrait être soutenu, et argument de fond. Sur cette distinction, voy. *infra*, n^{os} 477-478.

⁴⁴⁰ Voy. *supra*, n^o 49. En outre, dans un arrêt *Cresson*, la Cour en a fait application dans le cadre d'une procédure en déchéance du droit à pension d'un membre de la Commission en raison des obligations découlant de sa charge (C.J.U.E., 11 juillet 2006, *Cresson*, C-432/04, pt 90). En matière de répétition de sommes indûment perçues par un fonctionnaire, le Tribunal s'est montré moins généreux en considérant que « le temps n'intervient que comme un élément d'appréciation du bien-fondé de l'exercice du droit à répétition, compte tenu, notamment, d'une part, de l'évidence de l'irrégularité commise par l'administration et, d'autre part, de l'ensemble des circonstances qui peuvent être prises en compte, telles que le montant des sommes exigées, le comportement fautif de l'administration, la bonne foi du fonctionnaire et la diligence normale que l'on peut attendre de lui, eu égard à sa formation, à son grade et à son expérience professionnelle » (T.U.E., 5 novembre 2002, *Ronsse*, T-205/01, pt 52). Le Tribunal vise un arrêt *Acton* de la Cour afin d'appuyer son raisonnement. Dans cet arrêt cependant, le délai entre le versement et la répétition était de moins d'un an (C.J.U.E., 18 mars 1975, *Acton e.a.*, aff. jtes 44/74, 46/74 et 49/74, pt 29) alors qu'il était de près de sept ans dans l'affaire *Ronsse*.

la logique subjective de la sécurité juridique, qui exige le respect d'un délai raisonnable, et l'intérêt de l'Union qui consiste en l'espèce à ne pas entraver l'action de la Commission.

Section 2. — De la confusion des notions aux contradictions

113. — La jurisprudence européenne relative au principe de sécurité juridique est foisonnante. Si beaucoup d'arrêts permettent d'en éclaircir la signification, certaines décisions sèment au contraire le trouble dans l'esprit du lecteur le plus averti. Comme l'observait l'avocat général Geelhoed, l'expression même de « principe de sécurité juridique [...] peut prêter à confusion en ce qu'elle est souvent utilisée pour viser une série de concepts juridiques différents, bien que liés⁴⁴¹ ». Or, ces concepts, leurs conditions d'application et la conséquence de leur violation sont eux-mêmes une source importante d'incertitude. Certains enseignements prétoriens paraissent même difficilement compatibles entre eux, voire franchement contradictoires, au point que certains auteurs n'ont pas hésité à dénoncer les « contradictions inhérentes à ce principe abstrait de sécurité⁴⁴² », capable de démontrer « beaucoup de choses et leur contraire⁴⁴³ » et révélant « une aptitude saisissante à produire deux conséquences contradictoires⁴⁴⁴ ». Or, si aucune

⁴⁴¹ Concl. de l'avocat général Geelhoed dans l'aff. C-244/03, France/Parlement et Conseil, pt 72. Lui-même ne manque pas de participer à la confusion ambiante (voy. *infra*, n° 114).

⁴⁴² P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 31. Plus modérés, J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL relèvent qu'on trouve dans la « galaxie » de la sécurité juridique « des impératifs occasionnellement discordants » (« Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 149).

⁴⁴³ H. ADER, L. IDOT et F. URBINO-SOULIER, « L'insécurité dans le droit communautaire », *La Semaine Juridique-Édition entreprise*, 1990, n° 48, suppl. 6, p. 34. J. BOULOUIS constate que l'application du principe de sécurité juridique conduit « à des solutions qui, rapprochées les unes des autres, se révèlent en sens inverse » (*Grands arrêts de la Cour de justice*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 82). R.E. PAPADOPOULOU a le sentiment que la sécurité juridique « est utilisée en quelque sorte en tant que «principe passe-partout», auquel la Cour a recours afin de justifier des solutions qui ne correspondent pas toujours aux exigences qui procèdent de cette notion – solutions qui, parfois, sont mêmes contradictoires » (*Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 218).

⁴⁴⁴ P. MORVAN, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Droit social*, 2006, p. 713.

règle de droit ne peut s'accommoder d'être définie ou appliquée de façon contradictoire, la situation est d'autant plus dérangeante que la non-contradiction se trouve au cœur même du principe de sécurité juridique⁴⁴⁵. Elle est autant imputable aux parties et aux avocats généraux (A) qu'aux juridictions de l'Union (B)⁴⁴⁶.

A. Une confusion généralisée

114. — Il apparaît ainsi que certains avocats généraux ont du principe des compréhensions différentes, voire antagonistes ou incompatibles avec la jurisprudence de la Cour. Selon l'avocat général Geelhoed, lorsqu'on utilise l'expression de « principe de sécurité juridique », on parle « du principe de non-rétroactivité de la réglementation communautaire ; du principe du respect de la confiance légitime, au sens d'une confiance raisonnable dans un acte ou une déclaration d'une institution communautaire ; et de la notion de respect du caractère contraignant des normes communautaires ». Il omet de la sorte d'autres significations consacrées par la Cour, comme l'exigence que tout acte des institutions européennes qui produit des effets juridiques soit certain, clair et précis, ce qui l'amène à constater que « les arguments du gouvernement [...] se limitent à un prétendu manque de clarté du texte et des effets de la disposition attaquée, et ne visent aucun des sens énumérés ci-dessus⁴⁴⁷ ». Par ailleurs, la notion de « respect du caractère contraignant des normes communautaires » semble davantage relever des principes de primauté ou d'effectivité que de celui de sécurité juridique⁴⁴⁸. L'avocat

⁴⁴⁵ Voy. en ce sens T.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94, pt 125. Voy. également T.U.E., 10 décembre 2002, Karl Thomae, T-123/00, dans lequel le Tribunal déplore une contradiction entre deux communications de la Commission, ce qu'il juge « regrettable du point de vue de la sécurité juridique » (pt 77).

⁴⁴⁶ Elle est surtout, comme on le verra dans la deuxième partie, le résultat de l'histoire des idées.

⁴⁴⁷ Concl. de l'avocat général Geelhoed dans l'aff. C-244/03, France/Parlement et Conseil, pt 72. Il reprend cette exigence au point 76 de ses conclusions, sans la rattacher explicitement au principe de sécurité juridique.

⁴⁴⁸ L'avocat général se réfère sans doute à la jurisprudence de la Cour selon laquelle, en ce qui concerne la transposition des directives, les états membres sont tenus « de mettre en œuvre leurs dispositions avec une force contraignante incontestable présentant la spécificité, la précision et la clarté requises, afin que soit satisfaite l'exigence de sécurité juridique » (voy. *supra*, n° 28). Dans d'autres affaires, ce même magistrat a également affirmé que le principe de confiance légitime « se manifeste sous deux formes susceptibles de protection », à savoir « la protection

général J. Mischo observait pour sa part que les principes de sécurité juridique et de confiance légitime ne déploient leurs effets que « dans la sphère des rapports entre l'autorité publique et les particuliers⁴⁴⁹ ». Or, il résulte clairement de la jurisprudence précitée que la portée de ces principes n'est aucunement limitée à cette sphère dès lors qu'ils s'appliquent également aux relations entre autorités publiques, d'une part, et aux relations entre particuliers, d'autre part⁴⁵⁰. L'avocat général Trstenjak distingue, parmi les principes généraux du droit reconnus par la Cour, la sécurité juridique et la « clarté juridique⁴⁵¹ », alors qu'il ne résulte pas de la jurisprudence de la Cour que la seconde aurait une portée autonome. Enfin, l'avocat général S. Alber a succombé à son tour à l'ambiguïté existant entre les principes de légalité et de sécurité juridique :

Dans les cas classiques concernant les prérogatives de la puissance publique, le principe constitutionnel de *légalité* suppose l'existence d'une habilitation légale pour un acte administratif faisant grief. La Cour de justice formule cette exigence de la façon suivante « [...] : selon la jurisprudence de la Cour [...] le *principe de sécurité juridique* exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit

contre la violation de droits acquis » et la « protection des attentes légitimes » (ses concl. dans l'aff. C-228/99, *Silos*, pts 46-48 et dans l'aff. C-491/02, *BAT*, pts 274-278). Ce double sens du principe de confiance légitime ne résulte pourtant pas de la jurisprudence de la Cour, qui distingue toujours le principe de respect des droits acquis et le principe de confiance légitime, mais rend sans doute compte de la confusion qui règne en ce qui concerne les champs respectifs de ces deux principes.

⁴⁴⁹ Concl. de l'avocat général Mischo dans l'aff. C-150/97, *Commission/Portugal*, pt 22.

⁴⁵⁰ Voy. également la définition réductrice de l'avocat général Trabucchi, selon lequel la sécurité juridique exige « que, lorsqu'un régime de marché est modifié par la suppression d'un avantage ou l'alourdissement d'une charge pour des opérations économiques déterminées, les opérations qui constituent la simple exécution d'engagements contractés sous l'empire du régime plus favorable en soient exclues, à moins que cela soit incompatible avec les objectifs du nouveau régime » (ses concl. dans l'aff. 78/74, *Deuka*, *Rec.* p. 441). Comme le relève S. CALMES, cette définition décrit exactement le mécanisme de protection de la confiance légitime (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 165).

⁴⁵¹ Ses concl. dans l'aff. C-282/10, *Dominguez*, pts 96 et 164. L'unique référence qu'elle indique pour appuyer l'existence d'un principe distinct de clarté juridique est un arrêt de la Cour du 10 juillet 1980 (*Commission/Royaume-Uni*, aff. 32/79, *Rec.* p. 2403), dans lequel celle-ci a considéré que le Royaume-Uni avait manqué à ses obligations en appliquant un régime de licences de pêche « sans possibilité, pour les autorités de la Communauté, les autres États membres et les personnes intéressées d'acquérir une certitude juridique sur le régime réellement appliqué ».

claire et précise, afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence. » (l'arrêt Commission/France et Royaume-Uni)⁴⁵².

Alors qu'il veut définir une exigence du principe de légalité, l'avocat général cite un arrêt de la Cour qui vise le principe de sécurité juridique, sans s'expliquer sur le problème de cohérence qui se pose de la sorte. L'avocat général Y. Bot a écrit pour sa part que le principe de sécurité juridique était un corollaire du principe de légalité⁴⁵³. La notion de « corollaire » renvoyant à une proposition, le cas échéant de moindre importance, qui est dérivée ou déduite d'une autre proposition⁴⁵⁴, la nuance n'est pas insignifiante, à tout le moins sur le plan conceptuel. Dans des conclusions présentées le 20 novembre 2007, l'avocat général Kokott a écrit que le principe de sécurité juridique était « *concrétisé*, pour les délits et les peines, par le principe de légalité (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), qui a notamment été consacré à l'article 7, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁵⁵ ».

115. — En outre, il n'est pas rare que les parties invoquent la violation des principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime sans différencier leur argumentation⁴⁵⁶ ou que la juridiction de renvoi formule sa question préjudicielle de façon ambiguë au regard des principes développés ci-avant. A l'instar des avocats généraux, la distinction entre légalité et sécurité juridique semble en effet poser des problèmes aux juridictions nationales. Ainsi, le *Verwaltungsgericht* avait

⁴⁵² Concl. de l'avocat général Alber dans l'aff. C-110/99, Emsland-Stärke.

⁴⁵³ Concl. de l'avocat général Y. Bot dans l'aff. C-76/06 P, Britannia Alloys, pt 123. L'avocat général va même jusqu'à affirmer que le principe de sécurité juridique a été consacré à l'article 7, § 1^{er}, de la CESDH ainsi qu'à l'article 49, § 1^{er}, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (pt 124).

⁴⁵⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v^o corollaire. Selon le Nouveau Petit Robert (éd. 1993), la notion de « corollaire » renvoie à celle de « conséquence », de « suite naturelle » ou encore de « proposition dérivant directement d'une autre ».

⁴⁵⁵ Voy. par exemple C.J.U.E., 25 octobre 2007, Komninou, C-167/06 P, pt 66. La Cour y relève que l'énoncé de l'argument tiré d'une violation du principe de sécurité juridique ne « se distingue pas de celui de l'argument tiré d'une violation du principe de confiance légitime ».

⁴⁵⁶ Voy. par exemple C.J.U.E., 25 octobre 2007, Komninou, C-167/06 P, pt 66. La Cour y relève que l'énoncé de l'argument tiré d'une violation du principe de sécurité juridique ne « se distingue pas de celui de l'argument tiré d'une violation du principe de confiance légitime ».

posé une question préjudicielle à la Cour de justice, certes reformulée par celle-ci, visant à savoir si une disposition d'un règlement du conseil satisfaisait « à l'exigence de précision suffisante découlant du principe de légalité » reconnu en droit de l'Union, principe qui exigerait « une habilitation circonscrite avec précision de manière à rendre prévisibles les interventions des autorités publiques⁴⁵⁷ ». Or, précision et prévisibilité sont des exigences que la Cour a associées à la sécurité juridique.

B. Le flou juridictionnel

116. — Les juridictions de l'Union ne manquent pas de contribuer à la confusion ambiante, en utilisant notamment une dénomination changeante des principes appliqués. Le principe de sécurité juridique se voit qualifié de « principe de la sécurité des situations juridiques⁴⁵⁸ » ou, à la suite d'une fusion avec le principe de confiance légitime, de « principe de la protection de la sécurité juridique⁴⁵⁹ » ou de « principes de sécurité juridique et de protection des particuliers⁴⁶⁰ », sans intention sémantique identifiable. Alors que la prévisibilité, la certitude et la clarté sont généralement présentées comme étant des composantes non autonomes du principe de sécurité juridique, la Cour mentionnent parfois des règles qui contribuent à garantir « la prévisibilité et la sécurité juridique⁴⁶¹ », le principe « de la sécurité et clarté juridique⁴⁶² », ou des

⁴⁵⁷ C.J.U.E., 21 mai 1987, Rau e.a., aff. jtes 133/85-136/85, pt 29. La Cour admit le caractère large du libellé de l'habilitation mais le justifia par « la nature même des choses » (pt 31) et conclut que la disposition litigieuse satisfaisait « aux exigences du principe de légalité ». A la suite de l'avocat général Kokott, la Cour a jugé que le principe de légalité des délits et des peines était « une expression particulière du principe général de sécurité juridique » (C.J.U.E., 3 juin 2008, The Queen/Secretary of State for Transport, C-308/06, pt 71). Dans un arrêt, isolé semble-t-il, le Tribunal a même affirmé que le principe de légalité, sans autre précision, était un corollaire du principe de sécurité juridique (T.U.E., 27 septembre 2006, Jungbunzlauer, T-43/02, pt 71). Sur la confusion entre les principes de légalité et de sécurité juridique, voy. *infra*, n^{os} 472-476.

⁴⁵⁸ C.J.U.E., 12 novembre 1981, Salumi e.a., 212/80 à 217/80, pt 36.

⁴⁵⁹ T.U.E., 14 juillet 1997, Interhotel, T-81/95, pt 61.

⁴⁶⁰ C.J.U.E., 30 janvier 1985, Commission/Danemark, aff. 143/83, pt 10; 21 juin 1988, Commission/Italie, aff. 257/86, pt 12; 28 avril 1993, Commission/Italie, C-306/91, pt 14; 9 février 1994, Commission/Italie, C-119/92, pt 17; 6 mars 2003, Commission/Luxembourg, C-478/01, pt 20.

⁴⁶¹ C.J.U.E., 4 juillet 2000, Commission/Grèce, C-387/97, pt 87.

⁴⁶² C.J.U.E., 5 mai 1988, Gutshof, aff. 91/87, pt 8.

« principes de certitude et de sécurité juridique⁴⁶³ ». Dans un arrêt du 7 octobre 2009, le Tribunal a évoqué tour à tour le « principe de sécurité juridique » qui « exige qu'une réglementation communautaire imposée aux justiciables soit claire et précise [...] » et le « principe de sécurité des situations juridiques » qui « s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication [...] »⁴⁶⁴, donnant l'impression qu'il s'agit de deux principes distincts. Si les inconvénients de cette terminologie aléatoire ne sont pas toujours significatifs, ils révèlent un malaise plus profond en ce qui concerne le sens du principe de sécurité juridique, comme en témoignent les ambiguïtés qui résultent de la jurisprudence relative à ses exigences ou aux principes qui gravitent dans sa sphère⁴⁶⁵. On peut à nouveau distinguer l'édiction de l'acte (1), son application (2) et le contrôle juridictionnel dont il fait l'objet (3).

1. L'édiction de l'acte

117. — Les autorités compétentes pour l'adoption des actes juridiques dans le champ d'application du droit de l'Union européenne sont tenues de respecter des exigences de clarté et de précision qui s'avèrent pour le moins relatives (a), un principe de respect des droits acquis évanescents (b) et un principe de confiance légitime à la fiabilité discutable (c). De manière générale, comme le confessait l'ancien juge P. Pescatore, les principes de sécurité juridique, de confiance légitime et de droits acquis « se mêlent facilement, sans qu'il soit possible de définir la part respective de chacun⁴⁶⁶ ».

a) Les exigences très relatives de clarté et précision

118. — Si le principe de sécurité juridique exige que tout acte des institutions européennes qui produit des effets juridiques soit certain, clair et précis, afin que les intéressés puissent connaître de façon dépourvue d'ambiguïté leurs droits et obligations, les juridictions de l'Union ont

⁴⁶³ C.J.U.E., 8 mars 2012, Commission/Portugal, C-524/10, pt 35.

⁴⁶⁴ T.U.E., 7 octobre 2009, Vischim, T-380/06, pts 81-82.

⁴⁶⁵ Sur les ambiguïtés de la jurisprudence européenne en ce qui concerne les principes de légalité et de sécurité juridique, voy. *supra*, la note 459 et *infra*, n° 472.

⁴⁶⁶ P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 26. Dans le même sens, voy. L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 34; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 164-166.

également estimé que, « dès lors qu'un certain degré d'incertitude quant au sens et à la portée d'une règle de droit est inhérent à celle-ci », leur contrôle devait se limiter à vérifier si l'acte juridique en cause souffrait « d'une telle ambiguïté qu'elle ferait obstacle » à ce que son destinataire « ne puisse lever avec une certitude suffisante d'éventuels doutes » sur sa portée ou son sens⁴⁶⁷. L'exigence d'un acte certain et dépourvu d'ambiguïté paraît difficilement compatible avec celle d'un acte dépourvu d'une ambiguïté « telle » qu'elle empêcherait son destinataire de dissiper ses doutes sur sa portée ou son sens avec une certitude « suffisante ». Cependant, même en acceptant de relativiser l'exigence de clarté et de précision, des problèmes plus fondamentaux se posent.

Ne peut-on en effet considérer que, sauf à remettre sérieusement en cause la compétence des juridictions nationales, les actes de l'Union qui font l'objet de leurs questions préjudicielles en interprétation sont affectés d'une ambiguïté faisant obstacle à ce qu'elles puissent lever des doutes sur leur portée ou leur sens avec une certitude suffisante ? Si tel est le cas, tous les recours préjudiciels ne devraient-ils pas viser le principe de sécurité juridique et déboucher sur un constat d'invalidité ? Il en irait d'autant plus ainsi que la Cour elle-même a dispensé lesdites juridictions de l'obligation de poser une question préjudicielle relative à un « acte clair », soit un acte dont l'application correcte s'impose avec une « évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée⁴⁶⁸ ». En outre, il est connu que la Cour subordonne l'effet direct des dispositions du droit de l'Union à

⁴⁶⁷ Voy. les réf. citées *supra*, n° 83. Voy. outre les deux références précitées, T.U.E., 17 septembre 2007, France/Commission, T-240/04, pt 51. Voy. également les concl. de l'avocat général Kokott dans l'aff. C-343/09, Afton Chemical Ltd.

⁴⁶⁸ C.J.U.E., 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81, pt 16. L'article 104, § 3 du règlement de procédure de la Cour prévoit explicitement que celle-ci peut statuer par voie d'ordonnance motivée « lorsque la réponse à la question posée à titre préjudiciel ne laisse place à aucun doute raisonnable ». La question préjudicielle dont la réponse ne laisse place à aucun doute raisonnable n'est pas pour autant irrecevable (C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, Painer, C-145/10, pt 65). La Cour a énoncé d'autres circonstances dans lesquelles la juridiction nationale est dispensée de poser une question préjudicielle (outre son arrêt CILFIT précité, voy. notamment C.J.U.E., 27 mars 1963, Costa, aff. 30/62, *Rec.* p. 75). Sur l'évolution des conditions de l'arrêt CILFIT dans la jurisprudence ultérieure de la Cour, voy. les concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. C-461/03, Schul, pts 44-59. Sur la notion d'« acte clair », voy. *infra*, n° 320.

leur caractère clair, précis et inconditionnel⁴⁶⁹. Faut-il en conclure que celles qui sont dépourvues d'effet direct violent le principe de sécurité juridique? Et qu'en est-il des principes généraux du droit, à commencer par celui de sécurité juridique, dont on serait tenté de nier le caractère précis par l'essence même de leur statut de principe « général »? Nous aurons l'occasion de revenir plus tard sur cette question⁴⁷⁰.

Dans un arrêt *Gencor*, le Tribunal a considéré que l'argument de la requérante, qui faisait grief à la Commission d'avoir forcé l'interprétation normale d'un règlement en violation du principe de sécurité juridique, était « inopérant » dès lors que la question qui se posait était de savoir si l'interprétation correcte du règlement était celle de la Commission. Or, selon le Tribunal, soit la décision est légale et il n'y a pas de violation du principe de sécurité juridique, soit l'interprétation de la Commission est inexacte, auquel cas la décision est entâchée d'un vice d'incompétence et il n'est pas nécessaire de se prononcer sur une éventuelle violation de ce principe⁴⁷¹. Le Tribunal semble ainsi refuser que l'ambiguïté d'un texte puisse constituer une cause autonome d'illégalité en raison de la violation du principe de sécurité juridique.

b) Le principe virtuel de respect des droits acquis

119. — Dans son arrêt précité *Algera*, la Cour avait jugé que, par définition, un acte qui pouvait être révoqué unilatéralement par l'administration ne constituait pas un droit acquis⁴⁷². Trois ans plus tard, elle considérait que le droit de l'Union ne contenait « aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises⁴⁷³ » avant d'affirmer, dans un arrêt *Elz* du 24 juin 1976, l'existence d'un « principe du respect des droits acquis⁴⁷⁴ ». Par ailleurs, la délimitation entre ce dernier et le principe de confiance légitime n'est pas toujours

⁴⁶⁹ Voy. notamment C.J.U.E., 19 janvier 1982, Becker, aff. 8/81, pt 25 ; 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, pt 48 ; 17 janvier 2008, Josefa Velasco Navarro, C-246/06, pt 25 et la jurisprudence citée ; 12 février 2009, Cobelfret, C-138/07, pt 60 ; 8 mars 2011, Lesoochranárské zoskupenie VLK, C-240/09, pt 44.

⁴⁷⁰ Voy. *infra*, n° 397.

⁴⁷¹ T.U.E., 25 mars 1999, Gencor, T-102/96, pts 138-140.

⁴⁷² C.J.U.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.* p. 114.

⁴⁷³ C.J.U.E., 15 juillet 1960, *Nold e.a.*, aff. jtes 36, 37, 38, 40/59, *Rec.* p. 890.

⁴⁷⁴ C.J.U.E., 24 juin 1976, *Elz*, aff. 56/75, *Rec.* p. 1097. Il est vrai que, dans son arrêt *Nold*, la Cour visait les « situations » acquises plutôt que les « droits » acquis mais elle ne semblait pas, et n'a pas semblé depuis, faire de distinction entre les deux notions. En outre, la requérante se référait à son « droit [...] à poursuivre son

évidente. Dans un arrêt *Delacre*, la Cour rappelle ainsi que les « opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires » et conclut qu'il « en résulte que les opérateurs économiques ne sauraient invoquer un *droit acquis* au maintien d'un avantage, résultant pour eux de la mise en place de l'organisation commune des marchés », avant de décider que « le moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime doit également être rejeté⁴⁷⁵ ». A l'évidence, ce type de motivation n'apporte pas la clarté requise par le principe de sécurité juridique.

c) Le principe peu fiable de confiance légitime

120. — Le principe de confiance légitime n'arrive malheureusement pas à inspirer la confiance qu'il a vocation à protéger. Ses conditions d'application demeurent plus que jamais incertaines (i) et il entretient des rapports complexes avec le principe de sécurité juridique (ii).

i. Des conditions d'application incertaines

121. — La formulation classique des conditions énoncées par la Cour pour réclamer la protection de la confiance légitime consiste à exiger de tout particulier qu'il établisse qu'il se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration européenne a fait naître dans son chef des espérances fondées. On l'a vu, ce principe a cependant été subordonné à la réunion de conditions de plus en plus exigeantes et sa portée a été diminuée par la multiplication d'exceptions à son invocabilité⁴⁷⁶. La présentation, par les avocats généraux, des conditions relatives au principe de confiance légitime ne permet malheureusement pas de renforcer la cohérence du système. Ainsi l'avocat général Léger, suivi en cela par l'avocat général Bot⁴⁷⁷, considère qu'il résulte de son application dans

approvisionnement direct auprès du comptoir de vente » (*Rec.* 1960, p. 860, nous soulignons).

⁴⁷⁵ C.J.U.E., 14 février 1990, *Delacre e.a.*, C-350/88, pts 33-38 (nous soulignons). La référence à la notion de droits acquis était d'autant moins nécessaire que ce principe n'avait pas été invoqué comme moyen.

⁴⁷⁶ Voy. *supra*, n^{os} 91-95.

⁴⁷⁷ Concl. de l'avocat général Bot dans les aff. C-408/04P, *Salzgitter* et C-519/07P, *Koninklijke Friesland Foods*, pts 76-79.

la jurisprudence que la violation du principe de confiance légitime est admise lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : (1°) il doit exister un acte ou un comportement de l'administration européenne susceptible d'avoir généré cette confiance (la « base » de la confiance) ; (2°) la personne concernée ne devait pas être en mesure de prévoir le changement de la ligne de conduite adoptée antérieurement par l'administration européenne (le caractère « légitime » de la confiance) ; (3°) l'intérêt « communautaire », devenu l'intérêt de l'Union, poursuivi par l'acte attaqué ne justifie pas de porter atteinte à la confiance légitime de l'intéressé (il convient d'effectuer une « mise en balance des intérêts en présence »)⁴⁷⁸. Si les deux premières conditions sont assez proches de celles exposées ci-avant, deux observations s'imposent. D'une part, les avocats généraux ne reprennent pas explicitement l'exigence de légalité des assurances fournies par l'administration telle qu'elle est retenue par le Tribunal et qu'elle résulte de certains arrêts de la Cour de justice⁴⁷⁹. D'autre part, ils ajoutent une balance d'intérêts entre l'intérêt « communautaire » et la confiance légitime de l'intéressé qui n'est reprise ni par le Tribunal ni par la Cour dans leurs formulations « types » du principe de protection légitime. L'avocat général Léger se réfère à deux arrêts de la Cour lui permettant de proposer cette troisième condition. Le premier est l'arrêt *De Compte* du 17 avril 1997, dans lequel la Cour avait constaté que « compte tenu des circonstances de l'espèce, aucun intérêt d'ordre public ne prime l'intérêt du bénéficiaire au maintien d'une situation qu'il pouvait tenir pour stable⁴⁸⁰ ». Dans le second arrêt la Cour avait jugé que, « à supposer même que la Communauté ait créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime,

⁴⁷⁸ Concl. de l'avocat général Léger dans les aff. jtes C-182/03 et C-217/03, Belgique et Forum 187, pts 382-385.

⁴⁷⁹ L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer observe toutefois que, « au vu de l'évolution jurisprudentielle, l'application concrète du principe requiert la réunion de plusieurs conditions : un acte des autorités communautaires justifiant les attentes licites des intéressés – puisque, comme l'indique l'arrêt *Kühn*, la confiance légitime ne peut être invoquée que dans la mesure où la Communauté elle-même a créé au préalable une situation susceptible de l'engendrer ; une certaine probabilité que la personne conserve sa position, probabilité susceptible d'être reconnue et discernée par un observateur externe, et qui acquiert une base et une dimension objectives, de sorte qu'elle se transforme en "espérances fondées", *non contraires à l'ordre juridique de l'Union* ; et la primauté de l'intérêt de la personne concernée sur l'intérêt public en présence » (ses concl. dans les aff. jtes C-346/03 et C-529/03, *Atzeni e.a.*, pt 142, nous soulignons).

⁴⁸⁰ C.J.U.E., 17 avril 1997, *De Compte*, C-90/95 P, pt 39.

un intérêt public péremptoire peut s'opposer à l'adoption de mesures transitoires pour des situations nées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation mais non achevées dans leur évolution⁴⁸¹ ».

122. — Le développement jurisprudentiel des conditions d'application du principe de confiance légitime a non seulement causé une confusion importante, mais il a également été à l'origine de décisions incompatibles voire contradictoires. Il en va notamment ainsi des conditions relatives à la légalité de la base de confiance, au pouvoir d'appréciation des institutions ou à l'exigence de mesures transitoires.

123. — Selon la Cour, le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l'encontre d'une disposition précise d'un texte de droit de l'Union et le comportement d'une autorité nationale qui serait en contradiction avec ce dernier ne saurait fonder une confiance légitime⁴⁸². Le Tribunal considère pour sa part que le droit de réclamer la protection de la confiance légitime suppose l'existence d'assurances précises qui soient conformes aux normes applicables. Ces considérations paraissent cependant difficilement conciliables avec les arrêts qui ont annulé des normes européennes sur la base de ce principe⁴⁸³ ou avec la jurisprudence du Tribunal selon laquelle inspire une confiance légitime une décision qui présente toutes les caractéristiques d'un acte qui n'est entaché d'aucune erreur de nature à devoir susciter chez un opérateur économique diligent, des doutes quant à sa légalité⁴⁸⁴. En outre, et dans le même ordre d'idées, l'affirmation du Tribunal selon

⁴⁸¹ C.J.U.E., 17 juillet 1997, Affish, C-183/95, pt 57 et la jurispr. citée. Voy. également les références reprises à la note 172.

⁴⁸² C.J.U.E., 26 avril 1988, Krücken, aff. 316/86, pt 24 ; 1^{er} avril 1993, Lageder e.a., aff. jtes C-31/91 à C-44/91, pt 35 ; 16 mars 2006, Emsland-Stärke, C-94/05, pt 31 ; 7 avril 2011, Sony Supply Chain Solutions, C-153/10, pt 47 ; 14 juin 2012, ANAFE, C-606/10, pt 81.

⁴⁸³ Voy. notamment C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, *Rec.* p. 575.

⁴⁸⁴ T.U.E., 20 novembre 2002, Lagardère et Canal+, T-251/00. Dans un arrêt *Mellet*, le Tribunal avait également décidé que, même si la décision litigieuse était illégale, les assurances qui y avaient été données au requérant étaient telles qu'elles étaient de nature à susciter des attentes raisonnables (T.U.E., 21 juillet 1998, *Mellet*, aff. jtes T-66/96 et T-221/97, pt 117). En matière d'erreur excusable, le Tribunal a jugé que le justiciable qui fonde sa demande sur le principe de confiance légitime doit faire « état d'espérances fondées sur des assurances précises fournies par l'administration communautaire ou d'un comportement de cette administration de nature à provoquer une confusion admissible dans l'esprit d'un justiciable de bonne foi et faisant preuve de toute la diligence requise d'un opérateur normalement averti » (T.U.E., 1^{er} juillet 2009, *Okalux*, T-419/07).

laquelle il résulte d'une jurisprudence constante que « nul ne peut avoir une confiance légitime dans le maintien d'une situation illégale⁴⁸⁵ » paraît peu compatible avec les arrêts qui ont conclu que la Commission avait violé le principe de confiance légitime en mettant brusquement fin à une pratique suivie depuis deux ans, consistant à tolérer certains dépassements de quotas⁴⁸⁶, en considérant illégal un régime d'aides quinze mois après l'ouverture de la procédure formelle d'examen, alors qu'elle avait pris des positions répétées sur la compatibilité d'un régime d'aides analogue⁴⁸⁷ ou en adoptant des mesures transitoires insuffisantes pour modifier un régime de pensions discriminatoire⁴⁸⁸. Il en va d'autant plus ainsi que, selon la Cour, la confiance légitime en la légalité d'un acte administratif favorable, une fois acquise, ne saurait par la suite être entamée et que le moment déterminant en ce qui concerne l'appréciation de l'acquisition de cette confiance dans le chef du destinataire d'un acte administratif est la notification de l'acte, et non la date d'adoption ou de retrait de celui-ci⁴⁸⁹. Plus généralement, l'interdiction de fonder une confiance légitime dans le maintien d'une situation illégale soit est incompatible, soit ôte tout effet utile à la jurisprudence de la Cour relative au retrait d'un acte administratif illégal. En effet, on se souviendra que celui-ci n'est permis qu'à condition de respecter la confiance légitime des intéressés⁴⁹⁰. Or, si ceux-ci ne peuvent fonder cette confiance dans le maintien d'une situation illégale, la question se

⁴⁸⁵ T.U.E., 11 janvier 2002, Biret International, T-174/00, pt 54. Sur cet arrêt, voy. *infra*, n° 345.

⁴⁸⁶ C.J.U.E., 12 novembre 1987, Ferriere San Carlo, aff. 344/85, pts 12-13. Ce dernier arrêt paraît lui-même incompatible avec des arrêts ultérieurs de la Cour, qui considèrent que « si la Commission n'a pas procédé à la rectification due pendant un exercice financier précédent mais a toléré les irrégularités pour des raisons d'équité, l'État membre concerné n'acquiert aucun droit à exiger la même attitude pour les irrégularités de l'exercice suivant sur la base du principe de sécurité juridique ou du principe du respect de la confiance légitime » (C.J.U.E., 6 décembre 2001, Grèce/Commission, C-373/99, pt 56).

⁴⁸⁷ T.U.E., 12 septembre 2007, Koninklijke Friesland Foods, T-348/03, pts 130-138. Dans un autre arrêt, cependant, le Tribunal avait jugé que l'absence de mise en cause de mesures fiscales analogues aux mesures qualifiées d'aide d'état par la Commission n'avaient pu fonder de confiance légitime (T.U.E., 23 octobre 2002, Territorio Histórico de Álava e.a., aff. jtes T-346/99, T-347/99 et T-348/99, pt 99).

⁴⁸⁸ C.J.U.E., 11 mars 1982, Grogan, aff. 127/80, pts 27-37.

⁴⁸⁹ C.J.U.E., 17 avril 1997, De Compte, C-90/95 P, pts 36 et 39.

⁴⁹⁰ Voy. *supra*, n° 38.

pose de savoir dans quelle hypothèse ce principe pourrait faire obstacle au retrait de l'acte litigieux illégal⁴⁹¹.

124. — Alors que les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante, qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions de l'Union⁴⁹², la Cour et le Tribunal ont pourtant constaté la violation du principe de confiance légitime dans certains de ces domaines, comme la concurrence⁴⁹³ ou la politique agricole commune. La Cour semble ainsi avoir décidé de soutenir les producteurs de lait contre les mesures – certes fort contraignantes – adoptées par les institutions européennes dans les années 1970⁴⁹⁴. Afin de maîtriser les excédents structurels sur le marché du lait et des produits laitiers, la Commission avait adopté le règlement n° 1078/77, incitant les producteurs de lait à suspendre leur livraison pendant une certaine période, moyennant le paiement d'une prime. Le 31 mars 1984, elle arrêta le règlement n° 857/84, réglementation assez stricte en matière de prélèvement supplémentaire sur le lait, qui prévoyait d'attribuer une quantité de référence aux producteurs en fonction de leur production

⁴⁹¹ Il en va de même de la jurisprudence de la Cour selon laquelle des circonstances exceptionnelles peuvent fonder une confiance légitime dans le chef des bénéficiaires d'une aide illégale. D'un point de vue pratique, on peut se demander comment concilier cette possibilité avec l'affirmation inconditionnelle selon laquelle l'État membre qui a accordé une aide illégale ne peut invoquer la confiance légitime des bénéficiaires de l'aide pour se soustraire à l'obligation de prendre les mesures nécessaires en vue de l'exécution d'une décision de la Commission lui ordonnant de récupérer l'aide illégale (C.J.U.E., 20 septembre 1990, *Commission/Allemagne*, C-5/89, pt 17; 14 septembre 1994, *Espagne/Commission*, aff. jtes C-278/92, C-279/92 et C-280/92, pt 76; 7 mars 2002, *Italie/Commission*, C-310/99, pt 104; T.U.E., 5 août 2003, *P & O European Ferries e.a.*, aff. jtes T-116/01 et T-118/01, pt 200). Que se passerait-il, en effet, si, dans des circonstances exceptionnelles, un particulier pouvait invoquer le principe de confiance légitime pour s'opposer à la restitution d'une aide mais que l'état membre chargé de cette récupération ne pouvait opposer un tel moyen à la Commission ?

⁴⁹² Voy. *supra*, n° 91.

⁴⁹³ Voy. notamment T.U.E., 28 septembre 2004, *MCI*, T-310/00, pts 110-114.

⁴⁹⁴ Pour un compte-rendu complet de l'affaire des quotas de lait, voy. les concl. de l'avocat général Léger dans l'aff. C-127/94, *Ecroyd*, *Rec.* 1996 p. I-2731; E. SHARPSTON, « Legitimate Expectations and Economic Reality », *E.L.R.*, 1990, n° 15, p. 103-160; E. SHARPSTON, « Milk Lakes, Sloms and Legitimate Expectations – a Paradigm in Judicial Review », in *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, D. O'keeffe et A. Bavasso (eds), Kluwer Law International, Londres, 2000, p. 557-567.

de l'année précédente. Il ne contenait cependant aucune disposition spécifique à l'égard des producteurs ayant fait usage de la possibilité prévue par le règlement n° 1078/77. Or, cette réglementation entraînait de telles restrictions pour ces derniers qu'ils pouvaient être empêchés de reprendre la production à l'expiration de leur engagement de non-commercialisation. Saisie d'une question préjudicielle sur la validité du règlement n° 857/84, la Cour considéra qu'un tel effet portait atteinte à la confiance légitime de ces producteurs dans le caractère limité des effets du régime auquel ils se soumettaient et que ce règlement était donc invalide⁴⁹⁵. La Cour annula également, sur la base du principe de confiance légitime, le règlement adopté le 20 mars 1989 par le Conseil afin de permettre aux producteurs laitiers concernés d'obtenir une quantité de référence spécifique à certaines conditions, ce règlement laissant encore une trop grande disparité entre les deux groupes de producteurs⁴⁹⁶. Derrière le raisonnement juridique, l'influence de considérations d'équité est manifeste. Nous y reviendrons⁴⁹⁷. Enfin, la Cour a jugé que le principe de confiance légitime interdisait aux institutions européennes de modifier sans mesures transitoires une réglementation économique permettant aux opérateurs économiques de s'assurer une garantie, en ce qui concerne des opérations définitivement engagées,

⁴⁹⁵ C.J.U.E., 28 avril 1988, Mulder, aff. 120/86, pts 23-27. Voy. également l'arrêt *Von Deetzen* prononcé le même jour (aff. 170/86, pts 13-17). En revanche, ces mêmes producteurs ne pouvaient s'attendre à ce qu'une organisation commune de marché leur confère un avantage commercial, telle l'attribution d'une quantité de référence, et ne pouvaient donc espérer commercialiser cet avantage en le transmettant à l'acquéreur ou au locataire de leur exploitation (C.J.U.E., 22 octobre 1991, *Von Deetzen*, aff. 44/89, pts 21-22).

⁴⁹⁶ C.J.U.E., 11 décembre 1990, Spagl, C-189/89, p. I-04539. Voy. également C.J.U.E., 3 décembre 1992, Wehrs, C-264/90. Dans un autre arrêt, elle a imposé qu'une autre disposition de ce règlement soit interprétée « de manière conforme avec le principe de la confiance légitime » (C.J.U.E., 19 mai 1993, Twijnstra, C-81/91, pts 23-24). Malgré ces arrêts, elle a considéré que l'interprétation d'un autre article de ce même règlement n'était pas incompatible « avec les exigences découlant des principes généraux du droit communautaire », dès lors que dans le domaine fluctuant des organisations communes des marchés, les opérateurs économiques ne peuvent « placer leur confiance légitime dans le fait qu'ils ne seront pas soumis à des restrictions » résultant de la modification des règles existantes (C.J.U.E., 10 janvier 1992, Kühn, C-177/90, pts 12-13).

⁴⁹⁷ Voy. *infra*, nos 384 et 496.

contre les effets des variations des modalités d'application d'une organisation commune⁴⁹⁸.

125. — Le principe de confiance légitime exige des autorités qu'elles adoptent des mesures transitoires pour les situations nées avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation mais inachevées, lorsque l'Union a créé au préalable une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime⁴⁹⁹. Dans un arrêt *Centeno Mediavilla*, la Cour a cependant jugé que, même à considérer que certaines indications des institutions européennes puissent être considérées comme étant des assurances précises de nature à faire naître une confiance légitime dans le chef de leurs destinataires, il n'y avait pas lieu de leur permettre de s'en prévaloir pour contester la légalité d'une nouvelle réglementation. Selon les juges de Luxembourg, qui semblent perdre de vue leur jurisprudence en matière de mesures transitoires, « les particuliers ne sauraient se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime pour s'opposer à l'application d'une disposition réglementaire nouvelle, surtout dans un domaine dans lequel le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation ». Et la Cour de préciser que « les actes de l'administration ne peuvent limiter la marge de manœuvre du législateur et ne peuvent pas non plus constituer un paramètre de légalité auquel celui-ci doit se conformer⁵⁰⁰ ». Or, si on admet qu'une promesse de l'administration est susceptible de fonder une confiance légitime, ce n'est pas cette promesse mais le principe de confiance légitime, de rang constitutionnel⁵⁰¹, qui a vocation à s'opposer à l'application de la réglementation nouvelle ou, à tout le moins, à en déterminer les modalités⁵⁰². Par ailleurs, alors que la Cour avait estimé que le Conseil devait, sous peine de violer la confiance légitime de certains pensionnés, fixer une « période transitoire pour la réduction progressive des montants payés »

⁴⁹⁸ C.J.U.E., 16 mai 1979, Tomadini, aff. 84/78, pt 20.

⁴⁹⁹ Voy. *supra*, n° 44.

⁵⁰⁰ C.J.U.E., 22 décembre 2008, Centeno Mediavilla e.a., C-443/07 P, pts 89-92. Voy. déjà C.J.U.E., 27 juin 1989, Leukhardt, aff. 113/88, pt 20.

⁵⁰¹ Voy. *infra*, n° 308.

⁵⁰² En l'espèce, en imposant des mesures transitoires.

d'au moins vingt mois⁵⁰³, elle a refusé d'appliquer les mêmes exigences à la modification du statut des fonctionnaires relatif à leurs pensions⁵⁰⁴.

ii. Des liens complexes avec la sécurité juridique

126. — Plusieurs arrêts témoignent de cette distinction difficile entre les deux principes et de leurs interactions complexes. Il arrive ainsi que les juridictions de l'Union évoquent les « principes de sécurité juridique et de confiance légitime en vertu desquels la législation communautaire doit être claire et prévisible pour les justiciables⁵⁰⁵ », sans s'inquiéter des problèmes conceptuels qu'une définition unique de deux principes distincts peut susciter. Dans un arrêt *Fedesa*, la Cour a examiné un grief de compatibilité d'une directive « avec le principe de la sécurité juridique » en vérifiant le respect par cette directive de la confiance légitime des opérateurs économiques, pour conclure « que la violation alléguée du principe de la sécurité juridique ne peut pas être retenue⁵⁰⁶ ». Plus gênante est la confusion relative à leur portée. Ainsi, tant la Cour que le Tribunal ont eu l'occasion d'affirmer que ces principes ne concernaient que des « situations acquises⁵⁰⁷ », alors que ni les exigences de clarté et de précision ou de publicité des règles de droit, qu'impose le principe de sécurité juridique, ni celle de mesures transitoires découlant du principe de confiance légitime ne se limitent à de telles situations.

127. — En ce qui concerne les interactions entre les deux principes, il arrive que le Tribunal procède à une analyse du principe de la confiance légitime et que, constatant qu'il n'a pas été violé en l'espèce, conclue que le principe de sécurité juridique n'a, « partant », pas été enfreint⁵⁰⁸.

⁵⁰³ C.J.U.E., 11 mars 1982, *Grogan*, aff. 127/80, pt 34.

⁵⁰⁴ C.J.U.E., 4 février 1982, *Buyl* e.a., aff. 817/79, pts 25-27. Sur les arrêts *Grogan* et *Buyl*, *infra*, n° 454. Voy. également P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 40.

⁵⁰⁵ C.J.U.E., 12 novembre 1981, *Salumi* e.a., aff. jtes 212/80 à 217/80, pt 9; T.U.E., 10 juillet 1990, *Tetra Pak*, T-51/89, pt 36.

⁵⁰⁶ C.J.U.E., 13 novembre 1990, *Fedesa* e.a., C-331/88, pts 9-11.

⁵⁰⁷ C.J.U.E., 25 octobre 2007, *Komninou* e.a., C-167/06 P, pt 64; T.U.E., 18 novembre 2004, *Ferriere Nord*, T-176/01, pt 139.

⁵⁰⁸ T.U.E., 25 mars 2009, *Alcoa Trasformazioni*, T-332/06, pts 108-109. Voy. également T.U.E., 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn*, T-229/94, pts 113-115. Le Tribunal conclut que la requérante ne pouvait « ni tirer une exigence de sécurité juridique des prises de position de la Commission devant le Parlement, ni prétendre avoir placé une confiance légitime dans celles-ci », alors que le principe de confiance légitime n'avait pas été invoqué.

Dans une affaire d'aides d'état, il a jugé qu'une violation du principe de sécurité juridique « ne saurait utilement être invoquée si le sujet de droit, dont la situation juridique et matérielle » a été affectée par un acte de l'Union « n'a pas respecté les conditions formulées par celui-ci⁵⁰⁹ ». L'arrêt vise cependant un arrêt du 15 octobre 1997 qui considérerait que le bénéficiaire d'un concours financier européen qui a méconnu les conditions d'octroi de ce dernier ne peut « se prévaloir du principe de *protection de la confiance légitime* en vue d'obtenir le paiement du solde du montant total du concours initialement accordé⁵¹⁰ ». Dans son arrêt *RSV*, la Cour a répondu à un grief, pris notamment de la violation du principe de sécurité juridique, que le retard pris par la Commission pour rendre la décision attaquée « pouvait, en l'espèce, fonder chez la requérante une *confiance légitime* de nature à empêcher la Commission d'enjoindre aux autorités néerlandaises d'ordonner la restitution de l'aide⁵¹¹ ».

Après avoir rappelé que le bénéficiaire d'un concours du Fonds social européen ne peut pas se prévaloir des principes de protection de la confiance légitime et des droits acquis lorsqu'il n'a pas respecté les conditions de ce concours, le Tribunal a jugé que « (l)le principe de protection de la confiance légitime étant le corollaire du principe de la sécurité juridique, qui exige que les règles de droit soient claires et précises, et vis[ant] à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire [...], la même conclusion s'impose s'agissant de la violation alléguée du principe de sécurité juridique⁵¹² ».

Or, si la notion de corollaire doit bien être comprise comme une proposition, le cas échéant de moindre importance, qui est dérivée ou déduite d'une autre proposition⁵¹³, il est difficile, d'un point de vue strictement logique, de conclure au respect d'un principe sur la base du respect d'un principe qui en est dérivé. La Cour semble tenir un raisonnement similaire lorsqu'elle juge que le bénéficiaire d'une aide non notifiée ne peut invoquer la violation des principes de confiance légitime et de sécurité juridique dès lors que la récupération de ce

⁵⁰⁹ T.U.E., 25 mars 1999, *Forges de Clabecq*, T-37/97, pt 93.

⁵¹⁰ T.U.E., 15 octobre 1997, *IPK*, T-331/94, pt 46 (nous soulignons).

⁵¹¹ C.J.U.E., 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, pt 17 (nous soulignons).

⁵¹² T.U.E., 16 septembre 1999, *Partex/Commission*, T-182/96, pt 191.

⁵¹³ Voy. *supra*, n° 114.

type d'aide constitue un risque prévisible⁵¹⁴. Se référant à cet arrêt, le Tribunal a d'ailleurs affirmé que, la récupération d'une aide illégale étant la conséquence logique de la constatation de son illégalité, son bénéficiaire « ne peut invoquer les principes de confiance légitime et de sécurité juridique⁵¹⁵ » ou encore que l'opérateur concerné ne peut se prévaloir de ces principes, la répétition d'une aide irrégulière constituant « un risque prévisible pour l'opérateur qui en bénéficie⁵¹⁶ ». Or, si la solution retenue par ces arrêts n'est pas nécessairement critiquable au regard des circonstances de l'espèce, le caractère général de cette formulation crée une certaine confusion sur les conditions d'application respectives des deux principes⁵¹⁷. Il se heurte en outre à la jurisprudence européenne selon laquelle le principe de sécurité juridique s'oppose à une procédure administrative exécutée en violation d'un délai raisonnable, mais également à l'arrêt *RSV*, dans lequel la Cour a jugé que le retard pris par la Commission pour rendre une décision de restitution d'une aide d'état avait pu fonder chez la requérante une confiance légitime de nature à empêcher la Commission d'enjoindre aux autorités nationales d'ordonner la restitution de l'aide⁵¹⁸.

128. — Plus encore que d'autres principes, celui de confiance légitime soulève plus de questions qu'il n'apporte de réponses. Dès lors qu'il a essentiellement vocation à protéger les particuliers, il se trouve souvent en concurrence avec l'intérêt de l'Union. Plus fondamentalement, la nature exacte de sa relation avec le principe de sécurité juridique

⁵¹⁴ C.J.U.E., 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, pts 104 et 108-109. Voy. également T.U.E., 28 février 2012, *Grazer Wechselseitige Versicherung*, T-282/08, pt 153.

⁵¹⁵ T.U.E., 10 septembre 2009, *Banco Comercial dos Açores*, T-75/03, pt 126.

⁵¹⁶ T.U.E., 10 février 2009, *Deutsche Post*, T-388/03, pt 124.

⁵¹⁷ C.J.U.E., 24 novembre 1987, *RSV*, aff. 223/85, pt 17. On relève au passage que, dans cet arrêt, la requérante ne visait pas la confiance légitime en tant que telle mais faisait grief à la Commission d'avoir « méconnu les exigences de la sécurité juridique et outrepassé les règles d'une bonne administration » (pt 12).

⁵¹⁸ Voy. *supra*, n° 49.

demeure mystérieuse et révèle des incertitudes quant à la portée des deux principes qu'il conviendra de clarifier ultérieurement⁵¹⁹.

2. L'application de l'acte

129. — A nouveau, l'application de l'acte suscite surtout des problèmes dans sa dimension temporelle, découvrant des difficultés relatives au principe de non-rétroactivité (a) et au respect par la Commission d'un délai raisonnable dans le cadre des procédures administratives (b).

a) L'aléatoire principe de non-rétroactivité

130. — Pas plus que pour le principe de confiance légitime, la pratique des juridictions de l'Union relative au principe de non-rétroactivité n'a été en mesure d'apporter la clarté qu'on aurait pu en espérer. A nouveau, les confusions concernent tant la définition du principe que ses conditions d'application. Ainsi, alors qu'une règle de fond dont le point de départ est fixé à une date antérieure à sa publication ou qui vise des situations acquises antérieurement à son entrée en vigueur est censée être rétroactive⁵²⁰, la Cour a estimé qu'un règlement fixant des montants compensatoires monétaires, publié au journal officiel du 7 avril 1973, pouvait être appliqué à une importation faite le 22 mars précédent et qu'une « telle fixation des montants compensatoires pour des périodes déjà révolues au moment de la fixation ne saurait [...] être qualifiée d'application rétroactive⁵²¹ ». La jurisprudence révèle cependant des incertitudes plus structurelles. Nous en examinerons trois.

131. — On l'a vu, la Cour estime que les règles de fond ne peuvent viser que les situations futures ainsi que les effets futurs d'une situation née sous l'empire de la règle ancienne⁵²². L'avocat général Roemer considère que la Cour fait de la sorte une distinction entre une

⁵¹⁹ Voy. *infra*, n^{os} 463-466.

⁵²⁰ Voy. les réf. citées *supra*, n^o 46.

⁵²¹ C.J.U.E., 7 juillet 1976, IRCA, aff. 7/76, *Rec.* 1976, p. 1213. Il est vrai que la Cour a établi ces conditions dans des arrêts ultérieurs.

⁵²² Voy. les réf. citées *supra* à la note 174. L'avocat général Dutheil de Lamothe relevait déjà que « les exigences du droit économique » avaient « amené la Cour à dépasser une conception trop étroite du principe de la non-rétroactivité », et à l'interpréter « en fonction du principe de proportionnalité » (ses concl. dans l'aff. 82/70, Bock, *Rec.* p. 916).

« rétroactivité matérielle ou impropre⁵²³ » qui est acceptable, à savoir l'application d'une mesure législative aux effets futurs d'une situation qui s'est réalisée dans le passé, et une « véritable rétroactivité », qui est en principe interdite et vise l'application d'une mesure à des actes ou situations complètement accomplies⁵²⁴. Si la distinction peut paraître aisée en théorie, elle ne l'est pas en pratique, comme en témoignent différents arrêts rendus par les juridictions européennes en matière d'aides d'état⁵²⁵. Dans le cadre – certes quelque peu spécifique – du traité CECA, le Tribunal avait jugé, dans un arrêt du 16 décembre 1999, que la Commission avait pu valablement adopter sa décision relative à une aide à la sidérurgie en application du code du même nom alors en vigueur, qui différerait de celui applicable au moment de l'octroi de l'aide concernée⁵²⁶. Sur pourvoi exercé contre cet arrêt, la Cour de justice a jugé que, contrairement à ce qu'avait décidé le Tribunal, appliquer les règles d'une législation en vigueur à la date à laquelle la Commission prend une décision relative à la compatibilité d'aides qui ont été versées sous l'empire d'une législation précédente conduirait à une application rétroactive d'une réglementation de l'Union⁵²⁷. Deux ans tard, le Tribunal décida que la Commission avait régulièrement appliqué le nouvel encadrement en matière de protection de l'environnement à une aide d'état notifiée préalablement à son entrée en vigueur. Après avoir affirmé que tant le principe de confiance légitime que le principe de

⁵²³ Certains auteurs parlent de « rétroactivité indirecte » et de « quasi-rétroactivité » (F. HUBEAU, « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1983, p. 143) ou de « pseudo-rétroactivité » (J.-P. PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime? », *op. cit.*, p. 581). La Cour évoque elle-même un règlement qui n'a pas un « effet rétroactif au sens propre du terme » (C.J.U.E., 14 mai 1975, CNTA, aff. 74/74, pt 32).

⁵²⁴ Concl. de l'avocat général Roemer dans l'aff. 1/73, Westzucker, *Rec.* p. 733. Sur cette distinction, voy. M. LETEMENDIA, « La rétroactivité en droit communautaire », *C.D.E.*, 1977, p. 518 et s.; J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC law*, 2003, Kluwer Academic Publishers, p. 188-189.

⁵²⁵ F. Lamoureux considère même qu'il n'y a plus vraiment de différence entre les deux rétroactivités dans la jurisprudence de la Cour, à l'exception peut-être de la condition relative à l'existence d'un intérêt public (« The Retroactivity of Community Acts in the Case Law of the Court of Justice », *C.M.L.R.*, 1983, p. 278 et 290). Sur la remise en cause de cette distinction, voy. également P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Intersentia Rechtswetenschappen, 1997, p. 311; T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, *op. cit.*, p. 266.

⁵²⁶ T.U.E., 16 décembre 1999, Falck, T-158/96.

⁵²⁷ C.J.U.E., 24 septembre 2002, Falck, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, pt 118.

sécurité juridique ne concernaient que des situations acquises avant l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions, le Tribunal constata que tel n'était pas le cas de la notification d'un projet d'aide nouvelle à la Commission, l'octroi de la mesure d'aide étant subordonné au résultat de cet examen⁵²⁸.

Dans une autre affaire, la question se posait de savoir si un règlement d'exemption PME était applicable aux notifications pendantes à la date de son entrée en vigueur. Le Tribunal considéra qu'il incombait à la Commission de procéder à l'examen d'une notification à l'aune de la réglementation en vigueur à la date de sa réception et que l'application de critères fixés par une réglementation entrée en vigueur postérieurement à la notification reviendrait « nécessairement à faire produire à cette réglementation un effet rétroactif ». Après un examen du règlement, le Tribunal décida qu'il ne résultait ni de son libellé ni de son contenu qu'il avait vocation à s'appliquer de façon rétroactive et qu'une telle application ne respecterait ni la confiance légitime des intéressés ni le principe de sécurité juridique⁵²⁹. Sur pourvoi dirigé contre cet arrêt, la Cour a jugé que la question de la qualification d'aide d'état devait être résolue « sur la base d'éléments objectifs qui s'apprécient à la date à laquelle la Commission prend sa décision », et que « les règles, principes et critères d'appréciation de la compatibilité des aides d'État en vigueur à la date à laquelle la Commission prend sa décision peuvent, en principe, être considérés comme mieux adaptés au contexte concurrentiel ». La Cour conclut que « la notification par un État membre d'une aide ou d'un régime d'aides projetés ne crée pas une situation juridique définitivement constituée qui impliquerait que la Commission se prononce sur leur compatibilité avec le marché commun en faisant application des règles en vigueur à la date à laquelle cette notification a eu lieu » et que, « en jugeant que la décision litigieuse viole le principe de non-rétroactivité, le Tribunal a entaché son arrêt d'une erreur

⁵²⁸ T.U.E., 18 novembre 2004, *Ferriere Nord*, T-176/01, pts 137-139. Le pourvoi exercé contre cet arrêt a été rejeté (C.J.U.E., 8 mai 2008, *Ferriere Nord*, C-49/05 P) mais aucun moyen n'avait été fondé sur le principe de sécurité juridique comme n'autorisant la rétroactivité qu'à certaines conditions.

⁵²⁹ T.U.E., 3 mai 2007, *Freistaat Sachsen*, T-357/02, pts 93-116. Le Tribunal se réfère notamment à l'arrêt *Ferriere Nord* du Tribunal, qu'il paraît toutefois difficile d'interpréter en ce sens. Voy. également T.U.E., 12 septembre 2007, *González y Díez*, T-25/04, pts 59-61.

de droit⁵³⁰ ». Sur le fond, la Cour semble considérer que la notification d'un projet d'aide n'empêche pas que lui soit appliquée une réglementation plus exigeante modifiée postérieurement, alors que tel n'est pas le cas lorsque l'aide a été illégalement versée. Sans prêter de mauvaises intentions aux états membres, une telle jurisprudence pourrait les inciter à verser des aides d'état avant leur notification, en cas de projet de modification de la réglementation existante. Quoi qu'il en soit, entre les jurisprudences des deux juridictions, il faut reconnaître du mérite au justiciable capable de s'y retrouver.

132. — Une deuxième incertitude est relative à la jurisprudence de la Cour selon laquelle le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que les dispositions européennes aient un effet rétroactif indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour leur destinataire⁵³¹. Quelques mois plus tôt, elle avait pourtant permis que la législation sociale d'un état membre soit appliquée rétroactivement à un travailleur qui avait travaillé pendant de nombreuses années sous le régime de sécurité sociale d'un autre état membre, pourvu que cela corresponde à son intérêt⁵³². Dans le même sens, le Tribunal a estimé que l'application rétroactive des actes des institutions pouvait être admise « dans la mesure où elle est susceptible d'entraîner, pour l'intéressé, une situation juridique plus favorable et dans la mesure où la confiance légitime est dûment respectée », avant d'annuler un règlement du Conseil en ce que celui-ci n'avait « pas donné d'effet rétroactif à la modification du taux du droit antidumping imposé sur les importations des produits [...] par la requérante⁵³³ ». A l'interdiction de principe de la rétroactivité, quels que soient les effets

⁵³⁰ C.J.U.E., 11 décembre 2008, Freistaat Sachsen, C-334/07 P, pts 50-53 et 59. Contrant l'argument du Tribunal, la Cour observe, de façon prudente, que « à supposer même que la compatibilité avec le marché commun d'une aide illégale s'apprécie dans tous les cas à la date à laquelle elle a été versée, les États membres ne peuvent que difficilement anticiper dans leurs détails les changements de la réglementation » (*ibid.*, pt 54).

⁵³¹ Voy. *supra*, n° 46.

⁵³² C.J.U.E., 17 mai 1984, Brusse, aff. 101/83, *Rec.* p. 2223.

⁵³³ T.U.E., 29 juin 2000, Medici Grimm, T-7/99, pts 91-93.

de la réglementation litigieuse, le Tribunal oppose l'obligation de la rétroactivité en cas d'effets favorables pour un opérateur économique.

133. — Dans le même ordre d'idées, certaines décisions ont révélé une troisième source d'incertitude en *imposant* aux institutions européennes d'adopter des règles de droit rétroactives *afin de pallier la violation du principe de sécurité juridique ou de ses corollaires*. Ainsi, la Cour a-t-elle jugé qu'une réglementation grecque violait le principe de sécurité juridique et que, en ne la supprimant pas avec effet rétroactif à compter de la date d'entrée en vigueur en Grèce de certaines dispositions européennes, la République hellénique avait manqué à ses obligations⁵³⁴. Dans un arrêt *Grogan*, les juges du Kirchberg ont décidé que, des règlements ayant violé le principe de confiance légitime en ne prévoyant pas un régime transitoire approprié, il incombait aux institutions compétentes d'établir avec effet rétroactif un tel régime⁵³⁵. La Cour a également estimé que, dans une hypothèse de *vide juridique*, il ne pourrait être remédié à « l'insécurité juridique éventuellement susceptible de résulter de l'écoulement du délai inhérent à la procédure législative normale », que par « l'octroi d'un éventuel effet rétroactif » à la disposition légale ainsi adoptée⁵³⁶.

134. — L'examen de la jurisprudence de la Cour relative au principe de non-rétroactivité réserve donc quelques surprises et amène un certain nombre d'interrogations. Parmi celles-ci, il paraît raisonnable de se demander comment réconcilier le fait que le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que les normes aient un effet rétroactif et qu'il exige un tel effet dans certains cas. Il sera nécessaire de proposer une tentative de clarification⁵³⁷.

b) L'incertain délai raisonnable

135. — On l'a vu, la question du délai dans lequel la Commission doit agir en l'absence de délai prévu à cet effet a fait l'objet d'une véritable saga, parsemée d'arrêts ambigus, voire contradictoires⁵³⁸. En outre, la conséquence d'une violation du délai raisonnable est aléatoire. Comme

⁵³⁴ C.J.U.E., 28 octobre 1999, Commission/Grèce, C-187/98, pts 54-55.

⁵³⁵ C.J.U.E., 11 mars 1982, *Grogan*, aff. 127/80, pts 35-37.

⁵³⁶ C.J.U.E., 28 novembre 2006, Parlement/Conseil, C-413/04.

⁵³⁷ Voy. *infra*, n^{os} 470-471.

⁵³⁸ Voy. *supra*, n^{os} 102-112.

la Cour, le Tribunal reconnaît que le fait pour une décision de dépasser le délai raisonnable peut entraîner l'annulation de celle-ci⁵³⁹. Le Tribunal a cependant considéré, dans un arrêt *Oliveira* précité, qu'un délai même déraisonnable ne saurait justifier l'annulation d'une décision dès lors que tout acte ultérieur serait nécessairement plus tardif que l'acte annulé⁵⁴⁰.

136. — Si les juridictions de l'Union convergent en affirmant que les autorités administratives sont tenues de respecter un délai raisonnable lorsqu'elles adoptent une décision, le fondement de cette exigence reste ambigu. Rattachée tantôt au principe de sécurité juridique⁵⁴¹, tantôt au principe du respect des droits de la défense, elle a même été consacrée en tant que principe général de droit autonome. Les premiers arrêts importants de la Cour en la matière sont les arrêts *ICI* et *Lorenz*, le premier étant explicitement fondé sur le principe de sécurité juridique⁵⁴². A l'occasion d'un recours en manquement exercé par la Commission à l'encontre de l'état belge pour avoir mal transposé une directive, le gouvernement belge souleva un moyen d'irrecevabilité fondé sur l'arrêt *Lorenz*, arguant du fait que « la réaction de la Commission à la notification de la réglementation belge aurait été tardive et qu'elle aurait suscité une insécurité juridique préjudiciable à ses intérêts légitimes ». Sans doute afin d'endiguer une prolifération des moyens fondés sur cette jurisprudence, la Cour décida que le délai *Lorenz* de deux mois institué par la Cour pour limiter le temps d'examen par la Commission des projets d'aides d'état, s'appliquait uniquement à ces procédures, dérogeant « expressément » à la procédure en manquement alors visée par l'article 169 TCEE, dans laquelle la Commission n'était pas « tenue au respect d'un délai déterminé⁵⁴³ ». Dans un arrêt du 16 mai 1991,

⁵³⁹ T.U.E., 27 janvier 2000, Branco, aff. jtes T-194/97 et T-83/98, pt 91.

⁵⁴⁰ T.U.E., 19 mars 1997, Oliveira, T-73/95, pts 45-47. Voy. également son arrêt *Branco* (*supra*, n° 107).

⁵⁴¹ Voy. *supra*, n° 49.

⁵⁴² Voy. *supra*, n° 49. Pour mémoire, dans son arrêt *ICI*, la Cour a jugé que, « en l'absence de texte à cet égard, l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de son pouvoir d'infliger des amendes ». Voy. déjà C.J.U.E., 12 juillet 1962, Hoogovens, aff. 14/61, pt 6 : « le «délai raisonnable» ne saurait avoir, en l'espèce, une importance décisive, mais constituait seulement l'une des composantes de l'intérêt particulier de la requérante au respect du principe de la sécurité juridique dont la Haute Autorité devait tenir compte, comme elle l'a fait ».

⁵⁴³ C.J.U.E., 10 avril 1984, Commission/Belgique, aff. 324/82, pts 10-12.

la Cour se référa à ce dernier arrêt afin de répondre à une exception d'irrecevabilité du recours en manquement introduit par la Commission contre les Pays-Bas. Développement des droits de l'homme aidant, elle précisa cependant que, « dans certaines hypothèses, une durée excessive de la procédure précontentieuse prévue par l'article 169 est susceptible d'augmenter, pour l'État mis en cause, la difficulté de réfuter les arguments de la Commission et de violer ainsi les droits de la défense⁵⁴⁴ ».

A ce deuxième fondement, tiré du respect des droits de la défense, la Cour en a ajouté un troisième dans un arrêt du 18 mars 1997. Dans cette décision, elle a en effet considéré que la décision définitive de la Commission devait, « conformément aux *principes de bonne administration*, intervenir dans un délai raisonnable à compter de la réception des observations du plaignant⁵⁴⁵ ».

Dans un arrêt prononcé le 22 octobre 1997, le Tribunal accorda à l'exigence de délai raisonnable le statut de principe autonome du droit de l'Union européenne, justifiant ce principe par le besoin de « garantir la sécurité juridique et une protection juridictionnelle adéquate⁵⁴⁶ ». Un

⁵⁴⁴ C.J.U.E., 16 mai 1991, Commission/Pays-Bas, C-96/89, pts 14-18 (nous soulignons). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal a confirmé que « l'absence de délai imposé à la Commission pour déclencher une procédure en manquement est une conséquence de la particularité de cette procédure » (T.U.E., 14 décembre 2011, Allen, T-433/10 P, pt 35).

⁵⁴⁵ C.J.U.E., 18 mars 1997, Guérin automobiles, C-282/95 P, pt 37 (nous soulignons). Dans des arrêts récents, le Tribunal a confirmé que « le respect par la Commission d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions à l'issue des procédures administratives en matière de politique de concurrence constitue un principe de bonne administration » (T.U.E., 18 janvier 2012, Djebel, T-422/07, pt 174). Il est vrai que l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux dispose que le droit à une bonne administration comprend notamment le droit de toute personne « de voir ses affaires traitées [...] dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ».

⁵⁴⁶ T.U.E., 22 octobre 1997, SCK et FNK, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, pts 55-56. Ce tour de passe-passe permit au Tribunal « d'examiner si, en l'espèce, la Commission [avait] violé le principe général du droit communautaire de respect d'un délai raisonnable dans la procédure précédant l'adoption de la décision litigieuse » et ce, « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'applicabilité en tant que telle de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, aux procédures administratives devant la Commission en matière de politique de la concurrence ». Peu de temps auparavant, le Tribunal avait réitéré le fait que l'écoulement d'un délai important durant lequel la Commission n'entreprend aucune démarche à l'égard d'une entreprise était de nature à violer le principe de sécurité juridique (T.U.E., 24 avril 1996, Industrias Pesqueras Campos e.a., aff. jtes T-551/93, T-231/94-T-234/94, pts 76 et 119).

an plus tard, dans un arrêt *Baustahlgewebe*, la Cour a affirmé que « le principe général de droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable, qui s'inspire de ces droits fondamentaux [...], et notamment le droit à un procès dans un délai raisonnable, est applicable dans le cadre d'un recours juridictionnel contre une décision de la Commission infligeant à une entreprise des amendes pour violation du droit de la concurrence ». Aux termes d'un examen approfondi de l'affaire, la Cour conclut que la procédure devant le Tribunal avait dépassé les exigences liées au respect du délai raisonnable mais se contenta de réduire l'amende, « en l'absence de tout indice que la durée de la procédure ait eu une incidence sur la solution du litige⁵⁴⁷ ».

La solution adoptée par la Cour dans son arrêt de 1991 fut répétée par la Cour dans un arrêt du 21 janvier 1999⁵⁴⁸, toujours dans le cadre de l'examen de la recevabilité. Elle fut ensuite reprise par le Tribunal, qui considéra que la violation du principe général de respect d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions en matière de concurrence ne justifiait leur annulation « qu'en tant qu'elle emporterait également une violation des droits de la défense des entreprises concernées », à défaut de quoi ce grief ne pouvait être « analysé que comme une cause de préjudice », susceptible d'être invoquée dans le cadre d'un recours en responsabilité extra-contractuelle⁵⁴⁹. Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour préféra, en 2002, esquiver la question de la sanction d'une violation du principe du délai raisonnable, renvoyant à son arrêt *Baustahlgewebe* et considérant qu'en l'espèce, le principe n'avait pas été violé⁵⁵⁰. La même année, elle rappelait que « l'exigence fondamentale de la sécurité juridique s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs⁵⁵¹ », ce qu'elle a confirmé par la suite⁵⁵².

En 2005, cependant, la Cour de justice rejeta l'exception d'irrecevabilité formée par le gouvernement belge sur la base des principes

⁵⁴⁷ C.J.U.E., 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, pts 20 et 47-49.

⁵⁴⁸ C.J.U.E., 21 janvier 1999, *Commission/Belgique*, C-207/97, pts 24-25.

⁵⁴⁹ T.U.E., 20 avril 1999, *LVM*, aff. jtes T-305/94 [...], pts 121-122. Cette affirmation a été répétée par le Tribunal par la suite (T.U.E., 18 janvier 2012, *Djebel*, T-422/07, pt 175).

⁵⁵⁰ C.J.U.E., 15 octobre 2002, *LVM*, aff. jtes C-238/99 P, [...], pts 176-235.

⁵⁵¹ C.J.U.E., 24 septembre 2002, *Falck e.a.*, aff. jtes C-74/00 P et C-75/00 P, pt 140.

⁵⁵² C.J.U.E., 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-372/97, pt 118. Dans un arrêt du 5 octobre 2004, le Tribunal a également jugé que « le respect d'un délai raisonnable

de sécurité juridique et de confiance légitime et relative à la durée excessive de la procédure précontentieuse, rappelant qu'un tel grief ne peut rendre un recours en manquement irrecevable « que dans les cas où le comportement de la Commission a rendu difficile la réfutation de ses arguments, violant ainsi les droits de la défense »⁵⁵³. Trois ans plus tard, la Cour reprenait presque mot pour mot la formule de son arrêt *ICI*, rendu 36 ans plus tôt, rappelant qu'il résulte de l'exigence fondamentale de sécurité juridique « que, même dans les cas où le législateur communautaire n'aurait pas expressément fixé de délai de prescription, la Commission ne peut retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs⁵⁵⁴ ». Plus récemment, les juridictions de l'Union ont préféré répéter que l'obligation pour la Commission d'agir dans un délai raisonnable constituait « un principe général du droit de l'Union⁵⁵⁵ ». Ici encore, il conviendra d'essayer de clarifier cette question du fondement du délai raisonnable, eu égard à l'impact qu'elle peut avoir sur l'issue juridictionnelle⁵⁵⁶.

3. Le contrôle juridictionnel de l'acte

137. — Les confusions ne sont pas moins nombreuses au stade du contrôle juridictionnel des actes juridiques qui entrent dans le champ d'application du droit de l'Union et se rencontrent tant au point de vue

constitue un aspect du principe de bonne administration [...] et procède de l'exigence fondamentale de sécurité juridique » (T.U.E., 5 octobre 2004, *Eagle*, T-144/02, pt 58). Le Tribunal a répété ce motif dans son arrêt du 6 octobre 2005 et précisé que « l'absence de prescription législative n'exclut pas que l'action de la Commission, dans un cas concret, puisse être censurée au regard du principe de sécurité juridique » (*Sumitomo Chemical*, aff. jtes T-22/02 et T-23/02, pt 87).

⁵⁵³ C.J.U.E., 12 mai 2005, *Commission/Belgique*, C-287/03, pts 10 et 14 (et la jurisprudence citée). Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 8 décembre 2005, *Commission/Luxembourg*, C-33/04, pt 76 ; 6 octobre 2009, *Commission/Espagne*, C-562/07, pt 21.

⁵⁵⁴ C.J.U.E., 22 avril 2008, *Salzgitter*, C-408/04 P, pt 93. Dans un arrêt du 9 septembre 2009, le Tribunal a rappelé que la Commission devait « veiller à ne pas retarder indéfiniment l'exercice de ses pouvoirs afin de respecter l'exigence fondamentale de sécurité juridique » et que, « dans l'intérêt d'une bonne administration », elle ne pouvait « prolonger indéfiniment l'examen préliminaire de mesures étatiques ayant fait l'objet d'une plainte » (T.U.E., 9 septembre 2009, *Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava*, aff. jtes T-230/01-T-232/01 et T-267/01-269/01, pts 305-306).

⁵⁵⁵ C.J.U.E., 7 avril 2011, *Grèce/Commission*, C-321/09 P, pt 32 ; T.U.E., 6 décembre 2012, *Füller-Tomlinson*, T-390/10 P, pt 115.

⁵⁵⁶ Voy. *infra*, n^{os} 477-478.

de la recevabilité des recours (a et b) que de l'interprétation du droit de l'Union (c), du droit transitoire jurisprudentiel (d) ou de l'autorité de la chose jugée(e).

a) La prescription imprévisible

i. Les délais européens

138. — La limite jurisprudentielle à l'action dans le temps de la Commission est en soi incompatible avec l'exigence selon laquelle un délai de prescription doit être fixé à l'avance, mais elle peut néanmoins être justifiée par la logique subjective de la sécurité juridique. Il en va autrement lorsque cette restriction prétorienne vise un état membre et, surtout, un simple particulier⁵⁵⁷. Quatre exemples vont permettre d'illustrer notre propos⁵⁵⁸.

Un an après avoir décidé que la fixation d'un délai de prescription relevait de la compétence du législateur européen⁵⁵⁹, la Cour jugeait irrecevable un recours en l'absence de tout délai de prescription prévu dans le traité CECA. Alors que l'article 33 de ce traité prévoyait un délai d'un mois pour les recours en annulation, l'article 35 n'en imposait aucun pour saisir la Commission dans les cas où celle-ci s'abstenait de prendre une décision ou de formuler une recommandation. Dans le cas qui était soumis à la Cour, l'état hollandais avait laissé s'écouler dix-huit mois avant de saisir la Commission. La Cour considéra qu'il résultait « de la fonction commune des articles 33 et 35 que les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire, qui inspirent les délais de recours prévus à l'article 33 » devaient « également être prises en considération – compte tenu des difficultés particulières que le silence des autorités compétentes peut comporter pour les justiciables – dans l'exercice des droits prévus par l'article 35 » et que « ces exigences ne sauraient conduire à des conséquences aussi contraires que l'obligation d'agir dans un bref délai

⁵⁵⁷ Les arrêts qui suivent nous empêchent de suivre A.-L. Valembois lorsqu'elle affirme que le principe de sécurité juridique est « rarement utilisé » par la Cour pour apprécier la recevabilité des recours mais qu'au contraire « il intervient uniquement en tant que principe complémentaire d'interprétation » (*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 206).

⁵⁵⁸ Voy. également l'arrêt *Lofaro* (*infra*, n° 485).

⁵⁵⁹ Voy. *supra*, n° 103.

dans le premier cas et l'absence de toute limitation de temps dans le second ». La Cour conclut à l'irrecevabilité du recours dès lors que le système de ces deux dispositions impliquait « que l'exercice du droit de saisir la Commission ne saurait être retardé indéfiniment » et que le délai précité de 18 mois était déraisonnable⁵⁶⁰. La solution peut apparaître inéquitable, voire illégale, en ce qu'elle dit irrecevable un recours à défaut de toute base légale⁵⁶¹, et difficilement compatible avec la solution adoptée quatre mois plus tôt dans l'affaire précitée *Riva*⁵⁶². Surtout, sa motivation laisse pantois. Alors que la jurisprudence avait pu donner à penser que l'exigence d'une fixation préalable, claire et précise d'un délai de forclusion devait permettre à ses destinataires d'« apprécier en toute connaissance de cause l'importance qu'il y a pour eux à respecter ce délai⁵⁶³ », la Cour s'appuie sur les exigences de la sécurité juridique qui, « compte tenu des difficultés particulières que le silence des autorités compétentes peut comporter pour les justiciables », doivent être prises en considération dans l'exercice des droits prévus par l'article 35 du traité CECA. En d'autres termes, la Cour se fonde sur un principe qui exige que la règle de droit soit prévisible et sur les difficultés que comportent pour les justiciables le silence des autorités pour priver ceux-ci, par voie prétorienne, de la possibilité de passer outre un tel silence.

Dans le même sens, le Tribunal a introduit, dans son arrêt *Eagle*, un délai de recours sur la base d'un raisonnement par analogie, au détriment de particuliers. Dans cette affaire, les requérants faisaient grief à la Commission d'avoir rejeté leur demande d'indemnité visant à voir réparer le manquement commis par l'entreprise commune Joint European Torus (JET), en ne les recrutant pas comme agents temporaires de la Communauté. Leurs réclamations, introduites en 2000 et en

⁵⁶⁰ C.J.U.E, 6 juillet 1971, Pays-Bas/Commission, aff. 59/70, pts 15-24. *Contra*, voy. les concl. de l'avocat général Roemer dans cette affaire (*Rec.* p. 659) : « L'idée d'établir par voie jurisprudentielle (puisque le traité est muet sur ce point) un délai à l'expiration duquel les intéressés seraient forclos [...] du droit de saisir l'administration se heurte avant tout au principe fondamental de la sécurité juridique. »

⁵⁶¹ Il s'agissait en l'espèce d'un état membre mais le raisonnement de la Cour aurait pu s'appliquer à un particulier, comme en témoignent les termes généraux utilisés par la Cour : « les justiciables sont ainsi tenus d'observer un délai raisonnable en cas de silence de la Commission » (pt 19).

⁵⁶² Voy. *supra*, n° 103.

⁵⁶³ C.J.U.E., 26 mai 1982, Allemagne/Commission, aff. 44/81, pt 16.

2001, visaient une importante période à indemniser, certains d'entre eux ayant travaillé dans le programme JET pendant de nombreuses années. En l'absence de délai légal, le Tribunal s'inspira du délai de cinq ans prévu pour les actions en matière de responsabilité non contractuelle et l'appliqua par analogie au cas qui lui était soumis en l'espèce, à compter du moment où les requérants avaient eu connaissance de la situation dont ils se plaignaient. Selon le Tribunal, le « respect d'un délai raisonnable imposé aux particuliers pour présenter une demande en réparation d'un dommage causé par la Communauté dans le cadre de ses relations avec ses agents sert en particulier, dans ce cadre, l'objectif, lié à la sécurité juridique, d'éviter d'exposer le budget communautaire à des dépenses attachées à un fait générateur trop éloigné dans le temps⁵⁶⁴ ». La fixation jurisprudentielle et donc rétroactive d'un délai de prescription de cinq ans, fondée sur le principe de sécurité juridique, est radicalement incompatible avec l'exigence, justifiée par le même principe, selon laquelle un délai de prescription doit être connu à l'avance.

Dans une troisième affaire, relative aux litiges entre la Banque européenne d'investissement et ses agents, ni le traité ni le règlement du personnel ne contenaient d'indications relatives au délai de recours. Le Tribunal considéra par conséquent qu'il lui appartenait de combler cette lacune. Il estima, à cet égard devoir « mettre en balance, d'une part, le droit du justiciable à une protection juridictionnelle effective, qui compte parmi les principes généraux du droit communautaire [...], et qui implique que le justiciable doit pouvoir disposer d'un délai suffisant pour évaluer la légalité de l'acte lui faisant grief et préparer, le cas échéant, sa requête, ainsi que, d'autre part, l'exigence de la sécurité juridique qui veut que, après l'écoulement d'un certain délai, les actes pris par les instances communautaires deviennent définitifs » et considéra que la conciliation de ces intérêts exigeaient que les litiges concernés soient portés devant le juge européen « dans un délai raisonnable⁵⁶⁵ ». Si le Tribunal décida en l'espèce que le délai de deux mois était raisonnable, le juge des référés jugea, trois ans plus tard, irrecevable pour violation du délai raisonnable un recours introduit par une requérante contre une décision notifiée cinq mois plus tôt, la requérante n'ayant

⁵⁶⁴ T.U.E., 5 octobre 2004, Eagle, T-144/02, pts 57-70. Le Tribunal a donc limité à cinq ans les demandes d'indemnisation formées par les requérants.

⁵⁶⁵ T.U.E., 6 mars 2001, Dunnett, T-192/99, pts 51-53.

« invoqué aucune circonstance particulière qui pourrait contrebalancer l'impératif de sécurité juridique ». Selon le Tribunal, en effet, un délai de trois mois devait, en principe, « être considéré comme raisonnable⁵⁶⁶ ». Le Tribunal a, par la suite, confirmé que, « par analogie avec le délai de recours prévu par l'article 91, paragraphe 3, du statut » des fonctionnaires, ce délai pouvait être considéré comme raisonnable et que, par conséquent, « tout recours introduit par un agent de la BEI après l'expiration du délai de trois mois, augmenté du délai de distance forfaitaire de dix jours » devait « en principe, être considéré comme ayant été introduit dans un délai non raisonnable [...] dès lors que seule une application stricte des règles de procédure fixant un délai de forclusion permet de répondre à l'exigence de sécurité juridique et à la nécessité d'éviter toute discrimination ou tout traitement arbitraire dans l'administration de la justice⁵⁶⁷ ». Or, le problème en jeu n'est pas seulement celui d'un conflit entre sécurité juridique et protection juridictionnelle mais entre deux types de sécurité juridique. Outre celle qui, dans l'intérêt général, « veut que, après l'écoulement d'un certain délai, les actes pris par les instances communautaires deviennent définitifs », le Tribunal n'évoque pas la sécurité juridique du justiciable à qui est opposée, sans base légale, l'irrecevabilité de son recours.

Enfin, dans une dernière affaire, un règlement lacunaire de la Commission prévoyait que les producteurs qui désiraient faire distiller leurs vins préventivement pouvaient conclure des contrats de livraison avec un distillateur agréé et les présenter à l'organisme d'intervention national afin de bénéficier d'une aide de l'Union⁵⁶⁸. La Cantina, des producteurs de vin italiens, avait conclu des contrats de livraison avec

⁵⁶⁶ T.U.E., 6 décembre 2002, D/BEI (ord.), T-275/02 R, pts 33 et 39 (et la jurispr. citée). Voy., dans un sens comparable, T.U.E., 25 mars 1998, Koopman (ord.), T-202/97, pt 24

⁵⁶⁷ T.U.E., 19 juin 2012, T-234/11 P, Orlando Arango Jaramillo e.a./BEI, pt 27. En l'espèce, le recours était parvenu par voie électronique deux minutes après l'écoulement du délai prétorien. La Cour a réformé cet arrêt en considérant que le délai raisonnable devait s'apprécier selon les circonstances de l'espèce (C.J.U.E., 28 février 2013, Orlando, C-334/12 RX-II). Dans un autre arrêt, le Tribunal a reconnu « l'incertitude s'attachant aux conditions de recevabilité des recours de personnel de la BEI » (T.U.E., 27 avril 2012, De Nicola/BEI, T-37/10 P, pt 75).

⁵⁶⁸ Règlement CEE n° 2499/82 du 15 septembre 1982 de la Commission, établissant les dispositions relatives à la distillation préventive pour la campagne viticole 1982/1983.

une distillerie agréée, la DAI, qui avait obtenu l'avance de l'aide européenne, en échange de la constitution d'une caution. Celle-ci étant tombée en faillite, les producteurs malheureux participèrent à la procédure devant la juridiction nationale opposant la DAI à l'organisme d'intervention italien (l'AIMA) afin d'obtenir l'aide promise mais échouèrent devant la Cour de cassation, qui rejeta leur pourvoi par un arrêt du 28 novembre 1994. L'inscription régulière au passif de la faillite de la DAI n'ayant pas abouti, la Cantina tenta alors de récupérer le montant de la caution auprès de l'AIMA, qui avait entretemps reversé ce montant au Fonds européen d'orientation et de garantie agricole. Ils s'adressèrent alors à la Commission, qui leur refusa le paiement de l'aide litigieuse par une lettre du 31 juillet 1998. La Cantina introduisit un recours en annulation contre cette décision, invoquant à titre subsidiaire la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté en raison du dommage causé par la lacune du règlement, qui avait entraîné le non-paiement de l'aide. La Commission opposa la prescription quinquennale à ce grief. Dans son arrêt du 23 novembre 2004, le Tribunal considéra que le délai de prescription avait commencé à courir à partir du moment où le préjudice résultant du non-paiement de l'aide avait été subi de manière certaine par les requérants, à savoir, dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, à l'issue de la procédure devant les juridictions nationales. Selon le Tribunal, en effet, « il était extrêmement difficile, pour un opérateur économique prudent et avisé, de se rendre compte qu'il ne pourrait obtenir le paiement des aides considérées devant le juge national⁵⁶⁹ ». Le Tribunal conclut que le recours introduit en 1998, soit moins de cinq ans après l'arrêt de la Cour de cassation italienne, n'était pas tardif. La Commission introduisit un pourvoi contre cet arrêt. Dans ses conclusions, l'avocat général Sharpston approuva le raisonnement du Tribunal, constatant que la Cantina avait pris la décision, tout à fait raisonnable dans le contexte de l'époque, d'intervenir devant le *Tribunale civile di Roma*, qui avait d'ailleurs refusé de saisir la Cour à titre préjudiciel⁵⁷⁰. Cette dernière considéra pourtant que le Tribunal de l'Union avait « adopté une approche *subjective* de la réunion des conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté, selon laquelle le préjudice occasionné par un acte normatif illégal ne saurait être considéré comme certain tant

⁵⁶⁹ T.U.E., 23 novembre 2004, Cantina e.a., T-166/98, pt 136.

⁵⁷⁰ Concl. de l'avocat général Sharpston dans l'aff. C-51/05 P, Cantina e.a., pts 102-105.

que la partie prétendument lésée ne le *perçoit* pas comme tel », faisant « dépendre l'appréciation du caractère certain du dommage causé à la Cantina de la *prise de conscience* par celles-ci qu'elles n'obtiendraient pas réparation de leur préjudice devant les juridictions nationales ». Or, poursuit la Cour, les règles de prescription qui régissent les actions en responsabilité extra-contractuelle doivent être fondées sur des critères strictement objectifs, sauf à « porter atteinte au principe de sécurité juridique sur lequel s'appuient précisément les règles de prescription [...] »⁵⁷¹. La position de la Cour est non seulement critiquable en ce qui concerne le caractère soi-disant purement subjectif du point de départ du délai retenu par le Tribunal, mais elle est également très sévère pour les particuliers. En effet, en l'espèce, il ne s'agissait clairement pas d'une perception purement subjective dans le chef des requérants mais d'une question juridique complexe, ayant requis une procédure nationale longue et incertaine. La connaissance certaine du dommage est, du reste, une condition classique en droit national pour le point de départ d'un délai de prescription. En outre, la Cour invoque la sécurité juridique pour justifier la prescription d'une action, alors que les conditions de cette prescription prêtaient à confusion, en violation précisément des exigences de sécurité juridique.

Ces décisions constituent autant d'exemples de conflits entre la logique politique de la sécurité juridique (instauration d'un délai de prescription afin de préserver les intérêts de l'Union) et sa logique subjective (tout délai de prescription doit être connu à l'avance des justiciables) qui se sont résolus au profit de la première. Ces arrêts sont cependant incompatibles avec la jurisprudence selon laquelle, en cas d'ambiguïté relative au délai dans lequel un recours ou une demande doit être introduite sous peine de forclusion, la sécurité juridique exige

⁵⁷¹ C.J.U.E., 17 juillet 2008, Cantina e.a., C-51/05 P, pts 58, 59 et 62 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. T.U.E., 28 septembre 2010, C-Content BV, T-247/08, pt 55.

de retenir l'interprétation la plus favorable pour le requérant, eu égard aux conséquences radicales qui résultent d'un dépassement du délai⁵⁷².

ii. Les délais nationaux

139. — Comme l'a rappelé la Cour dans un arrêt *Larsy*, est incompatible avec les « exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires⁵⁷³ ». Par conséquent, le principe de primauté du droit de l'Union impose non seulement aux juridictions mais également à toutes les instances d'un État membre de donner plein effet à la norme européenne et d'écarter toutes les dispositions nationales qui y feraient obstacle. La Cour a pourtant reconnu la compatibilité avec le droit de l'Union de la fixation, par des législations nationales et dans l'intérêt de la sécurité juridique, de délais raisonnables de recours à peine de forclusion⁵⁷⁴. Les juridictions de l'Union ont néanmoins connu quelques difficultés à gérer la question de ces délais nationaux. Il leur fallait en effet assurer un délicat équilibre entre leur respect des systèmes juridiques nationaux et le fait que ces délais mettent souvent en péril l'intérêt de l'Union en limitant l'invocabilité des demandes fondées sur le droit européen.

140. — Dans l'arrêt *Emmott*, la Cour a jugé qu'un État membre ne pouvait, sur la base d'un délai national de recours, invoquer la tardiveté d'une action judiciaire introduite à son encontre par un particulier sur la base des dispositions d'une directive avant de l'avoir transposée correctement⁵⁷⁵. Ses arrêts ultérieurs s'évertuèrent à neutraliser cette

⁵⁷² T.U.E., 16 juillet 1998, Regione Toscana, T-81/97, pt 52. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 11 août 1995, Cavarzere Produzioni, C-1/94, pt 30-31 ; T.U.E., 8 mars 1990, Maindix e.a., T-28/89, pt 52.

⁵⁷³ C.J.U.E., 28 juin 2001, *Larsy*, C-118/00, pts 51-53 (nous soulignons). Ce motif se retrouve déjà dans le célèbre arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 (aff. 106/77, pt 22).

⁵⁷⁴ Voy. les réf. citées *supra*, n° 61.

⁵⁷⁵ C.J.U.E., 25 juillet 1991, *Emmott*, C-208/90. Selon la Cour, « aussi longtemps que la directive n'est pas correctement transposée en droit national, les justiciables n'ont pas été mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits [...]. Seule la

décision. Dans son arrêt *Steenhorst*, la Cour constata qu'à la différence des circonstances de l'arrêt *Emmot*, dans lequel il avait été porté atteinte au droit même des justiciables d'invoquer une directive, la disposition nationale en cause se bornait à limiter l'effet rétroactif des demandes introduites en vue d'obtenir la prestation due en vertu d'une directive⁵⁷⁶. Dans *Texaco*, elle réitéra le principe de compatibilité avec le droit de l'Union de la fixation, dans l'intérêt de la sécurité juridique, de délais nationaux raisonnables de recours à peine de forclusion, « même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée ». Selon la Cour, son arrêt *Emmott* n'était « pas de nature à infirmer cette conclusion » et ce n'était « qu'en raison du caractère particulier des directives et eu égard aux circonstances propres de l'affaire » qu'elle avait adopté cette solution⁵⁷⁷. La Cour répéta ces motifs dans son arrêt *Fantask* du 2 décembre 1997, précisant que la spécificité de l'arrêt *Emmott* était que « la forclusion aboutissait à priver totalement la requérante au principal de la possibilité de faire valoir son droit à l'égalité de traitement en vertu d'une directive communautaire ». Elle conclut que le droit de l'Union n'interdisait pas à un État membre n'ayant pas transposé correctement la directive, à condition que soient respectées les conditions d'équivalence et d'effectivité, « d'opposer aux actions en remboursement de droits perçus en violation de cette

transposition correcte de la directive mettra fin à cet état d'incertitude et ce n'est qu'au moment de cette transposition qu'est créée la sécurité juridique nécessaire pour exiger des justiciables qu'ils fassent valoir leurs droits » (pts 21-22).

⁵⁷⁶ C.J.U.E., 27 octobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91, pt 21. Un an plus tard, la Cour considérait qu'il découlait de ce dernier arrêt que « la solution dégagée dans l'arrêt *Emmott* était justifiée par les circonstances propres à cette affaire, dans lesquelles la forclusion aboutissait à priver totalement la requérante au principal de la possibilité de faire valoir son droit à l'égalité de traitement en vertu de la directive » (C.J.U.E., 6 décembre 1994, *Johnson*, C-410/92, pt 26). Sur ces arrêts et les problèmes posés par la jurisprudence post-*Emmott*, voy. J. COPPEL, « Time up for *Emmott* ? », *Industrial Law Review*, 1996, p. 153-160.

⁵⁷⁷ C.J.U.E., 17 juillet 1997, *Texaco*, aff. jtes C-114/95 et C-115/95, pts 46-48. Voy. dans le même sens, C.J.U.E., *Haahr Petroleum*, C-90/94, pts 46 à 53. On retrouve la référence aux « circonstances particulières » qui a permis à la Cour d'enterrer progressivement son arrêt *RSV* (voy. *supra*, n^{os} 104-106).

directive un délai de prescription national qui court à compter de la date d'exigibilité des droits en cause⁵⁷⁸ ».

A ce stade, il devient difficile de ne pas relever la contradiction qui consiste à considérer comme étant compatible avec le droit de l'Union des délais nationaux de forclusion qui peuvent entraîner le rejet total d'une action intentée et à condamner un tel délai car il aboutit à priver totalement un justiciable de la possibilité de faire valoir un droit tiré du droit de l'Union. La contradiction est d'autant plus patente dans l'arrêt *Fantask* dès lors que celui-ci vise, tout comme dans l'arrêt *Emmott*, la possibilité d'opposer un délai national de prescription à des actions basées sur une directive non transposée⁵⁷⁹. Dans son arrêt *Maggorian*, rendu quelques jours après l'arrêt *Fantask*, la Cour jugea que, « à la différence des règles dans les arrêts précités qui se bornaient à limiter, dans l'intérêt de la sécurité juridique, la portée rétroactive d'une demande visant à obtenir certaines prestations et ne portaient donc pas atteinte à l'essence même des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », l'application d'une règle de procédure selon laquelle, dans les procédures concernant l'accès à l'affiliation aux régimes professionnels de pensions, le droit d'être admis à un régime ne peut avoir d'effet pour une période antérieure à deux ans avant la date d'introduction du recours, « rend l'action des justiciables qui invoquent le droit communautaire pratiquement impossible⁵⁸⁰ » et donc contraire à celui-ci. Dans l'affaire *Fantask* pourtant, la législation danoise, jugée conforme au droit de l'Union, prévoyait que le droit au remboursement des créances litigieuses se prescrivait au bout de cinq ans à partir de la date d'exigibilité de la créance. La Cour a en outre jugé, dans un arrêt *Levez*, qu'une règle nationale limitant le droit d'obtenir des arriérés de rémunération à deux ans avant l'introduction d'un recours n'était pas, en soi, critiquable⁵⁸¹. Dans un arrêt plus récent, la

⁵⁷⁸ C.J.U.E., 2 décembre 1997, *Fantask*, C-188/95, pts 48 et 51-52. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 15 septembre 1998, *Ansaldo Energia*, aff. jtes C-279/96, C-280/96 et C-281/96, pt 21. Voy. également l'arrêt *Recheio*, *infra* n° 437.

⁵⁷⁹ A.-L. Valembois n'hésite pas à parler de « revirement spectaculaire » (*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 206).

⁵⁸⁰ C.J.U.E., 11 décembre 1997, *Magorrian* et *Cunningham* C-246/96, pts 41 et 44.

⁵⁸¹ C.J.U.E., 1^{er} décembre 1998, *Levez*, C-326/96, pt 20. Dans cette affaire, la Cour a toutefois conclu que le droit de l'Union s'opposait à l'application d'une règle de droit national limitant la période pour laquelle un travailleur peut prétendre à

Cour a essayé de donner de la cohérence à sa jurisprudence antérieure en expliquant les « circonstances particulières » de l'arrêt *Emmott* par le fait que, dans cette affaire, le comportement des autorités nationales avait « empêché » la requérante « de réclamer en justice le bénéfice des droits conférés par la directive en cause ». Et la Cour de conclure que « le droit de l'Union ne s'oppose à ce qu'une autorité nationale excipe de l'écoulement d'un délai de prescription raisonnable que si, par son comportement, elle a été à l'origine de la tardiveté de la demande, privant ainsi le requérant au principal de la possibilité de faire valoir ses droits en vertu d'une directive de l'Union devant les juridictions nationales⁵⁸² ». Cette volonté louable de la Cour ne résoud sans doute pas toutes les questions et il y a fort à parier que l'arrêt *Emmott* sera encore invoqué dans le futur, malgré les efforts de la jurisprudence pour le neutraliser.

141. — En 2001, la Cour devait statuer sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une législation nationale limitant à un an le délai d'exercice du droit de révocation du consommateur prévu par une directive sur le démarchage à domicile. Alors que, dans un arrêt *Palmisani*, elle avait considéré que le même délai d'un an était compatible avec le droit de l'Union⁵⁸³, la Cour décida que, lorsque le consommateur n'a pas été informé de l'existence de son droit de révocation, des motifs de sécurité juridique ne sauraient prévaloir pour justifier une limitation des droits expressément accordés par cette directive. Et la Cour de conclure que si des « institutions choisissent de telles méthodes pour commercialiser leurs services, elles peuvent sans difficulté sauvegarder tant les intérêts des consommateurs que leurs propres exigences de sécurité juridique en se conformant à leur obligation d'informer ceux-ci »⁵⁸⁴. Sans l'énoncer,

des arriérés de rémunération ou à un dédommagement pour violation du principe de l'égalité des rémunérations à deux ans avant la date d'introduction de la procédure, lorsque le retard dans l'introduction de la demande est dû à des informations inexactes fournies par l'employeur. Voy. cependant, sur une règle de procédure ayant pour effet d'exiger qu'une demande d'affiliation à un régime de retraite professionnel soit introduite dans un délai de six mois à compter de l'expiration de tout contrat de travail, C.J.U.E., 16 mai 2000, *Shirley Preston e.a.*, C-78/98, pt 72.

⁵⁸² C.J.U.E., 19 mai 2011, *Enza Iaia e.a.*, C-452/09, pts 18-21. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 8 septembre 2011, *Q-Beef e.a.*, aff. jtes C-89/10 et C-96/10, pts 50-51.

⁵⁸³ C.J.U.E., 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, pt 29. Selon la Cour, ce délai était prévu par l'acte de transposition de la directive, qui a mis « les bénéficiaires en mesure de connaître la plénitude de leurs droits ».

⁵⁸⁴ C.J.U.E., 13 décembre 2001, *Heininger*, C-481/99, pt 47.

la Cour tend pourtant à protéger la logique subjective de la sécurité juridique qui exige qu'un justiciable connaisse la règle de droit qui lui est applicable, certes aux dépens de la sécurité juridique des entreprises qui espéraient l'application du délai légal. Dans des conclusions présentées peu de temps après, l'avocat général Tizzano s'est fondé sur ce motif pour affirmer que le fait d'imposer un délai national de deux ans de forclusion à la constatation du caractère abusif d'une clause contractuelle ferait obstacle à la protection des droits du consommateur et serait contraire au principe d'effectivité. Selon lui, cette considération n'était pas invalidée par le fait que la Cour avait reconnu la légalité de délais plus brefs en raison de circonstances particulières. En outre, dans les exemples cités par les parties, il s'agissait de délais relatifs à l'introduction d'une action fondée sur le droit de l'Union. Or, selon le magistrat, il était « évident que la fixation de tels délais répond à une logique différente, c'est-à-dire qu'elle est manifestement justifiée par les exigences de sécurité juridique qui s'imposent en général à de tels délais⁵⁸⁵ ». Si ce caractère « évident » pouvait être discuté, dès lors que le délai en cause était également justifié par des exigences de sécurité juridique, la Cour suivit pourtant son avocat général⁵⁸⁶.

142. — La question des délais nationaux de recours est intéressante en ce que la confusion qu'elle affiche semble résulter de l'équilibre risqué et fragile opéré par les juridictions européennes entre l'intérêt de l'Union (à ce que ses réglementations soient appliquées avec effectivité), des états membres (à ce que soient respectées leurs dispositions nationales de prescription) et des particuliers (à être suffisamment informés de ces délais nationaux).

b) L'exception forcée d'illégalité

143. — Dans un arrêt du 21 mai 1987, la Cour avait jugé que la possibilité d'introduire un recours en annulation contre une décision d'une institution communautaire n'excluait pas la possibilité d'invoquer son illégalité devant une juridiction nationale⁵⁸⁷. La solution prétorienne de l'arrêt *TWD* consiste cependant à refuser au destinataire d'un acte de

⁵⁸⁵ Ses concl. dans l'aff. C-473/00, *Cofidis*, pts 59-60.

⁵⁸⁶ C.J.U.E., 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, pt 38.

⁵⁸⁷ C.J.U.E., 21 mai 1987, *Rau e.a.*, aff. jtes 133/85-136/85, pt 12. Cette solution a également été appliquée dans les arrêts *Binder* (C.J.U.E., 12 juillet 1989, aff. 161/88) et *Foto-Frost* (C.J.U.E., 22 octobre 1987, aff. 314/85), dans lesquels la recevabilité

droit dérivé la possibilité d'invoquer une exception d'illégalité de cet acte à défaut d'avoir introduit un recours en annulation à son encontre, dans le délai prévu par le traité⁵⁸⁸. Il convient de s'interroger sur la compatibilité de cette véritable révision jurisprudentielle du traité⁵⁸⁹, fondée sur le principe de sécurité juridique, avec le même principe qui exige que les règles soient connues préalablement de leurs destinataires, particulièrement lorsque leur application entraîne la déchéance de leur action ou des moyens qu'elles pouvaient faire valoir sur la base du droit de l'Union européenne⁵⁹⁰.

c) L'interprétation impossible

144. — Le même principe de sécurité juridique exige que le libellé d'une version déterminée d'un texte de l'Union soit interprété selon le sens propre et usuel des mots et, afin de garantir une interprétation uniforme du droit de l'Union, de façon à supprimer toute divergence interprétative au niveau national⁵⁹¹. La première exigence favorise clairement la logique subjective de la sécurité juridique alors que la seconde, qui est susceptible d'entraîner des conséquences radicalement différentes, sert davantage sa logique politique, à savoir l'intérêt de l'Union

du renvoi préjudiciel a été admise sans discussion alors que les requérantes au principal auraient pu former un recours en annulation contre la décision litigieuse.

⁵⁸⁸ Voy. *supra*, n° 58.

⁵⁸⁹ Elle ajoute en effet aux mécanismes de renvoi préjudiciel et d'exception d'illégalité une cause de forclusion que ceux-ci ne prévoient pas (en ce sens, voy. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 681).

⁵⁹⁰ Voy. *supra*, n° 28. Il faudra par ailleurs vérifier sur le long terme l'impact de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sur cette jurisprudence, dès lors qu'il ouvre les possibilités de recours des particuliers et risque donc de limiter en proportion la possibilité d'invoquer l'exception d'illégalité. La Cour a en effet confirmé sa jurisprudence *TWD* depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (C.J.U.E., 29 juin 2010, E & F, C-550/09, pts 45-46; 8 juillet 2010, Afton Chemical Limited, C-343/09, pt 20; 17 février 2011, Bolton, C-494/09, pt 22), tout en insistant, il est vrai, sur le fait que les requérants ne sont tenus d'attaquer une décision « pour protéger leurs intérêts que s'il y a lieu de considérer qu'un tel recours est *sans aucun doute* recevable » (9 juin 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e.a., aff. jtes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, pt 59, nous soulignons). Sur la question, voy. A. VAN WAEYENBERGE et J. VAN MEERBEECK, « Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers: au cœur du dédale européen », in *Les innovations du traité de Lisbonne*, *op. cit.*, p. 165-203.

⁵⁹¹ Voy. *supra*, n° 63.

de retenir une interprétation uniforme des normes européennes⁵⁹². Elles deviennent cependant incompatibles lorsque le sens usuel diffère selon les états membres.

Dans un arrêt *Röser*, la Cour a ainsi reconnu que la version allemande d'un règlement européen relatif à l'organisation du marché vini-viticole n'était pas claire et était susceptible d'au moins deux interprétations. Après avoir constaté que les versions anglaise, française et italienne étaient rédigées sans ambiguïté, la Cour considéra que cette dernière interprétation devait prévaloir⁵⁹³. Le choix de la version qui n'est pas ambiguë dans les autres langues paraît de nature à assurer davantage de sécurité juridique à l'ordre juridique de l'Union. Le problème est que, en l'espèce, la question préjudicielle avait été soulevée dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre M. Röser pour avoir enfreint la disposition litigieuse et que l'interprétation écartée par la Cour lui aurait permis d'échapper à sa responsabilité pénale⁵⁹⁴. Il avait pourtant pu légitimement se fier à la version du texte européen dont il avait pu prendre connaissance dans sa langue.

d) L'incertain droit transitoire jurisprudentiel

i. La limitation dans le temps en question

145. — Il peut paraître paradoxal de constater l'insécurité juridique créée par l'extension prétorienne de la possibilité de limiter les effets dans le temps des arrêts d'annulation dès lors, précisément, que cette possibilité a été justifiée par des raisons de sécurité juridique. Cette incertitude provient du fait que la Cour a déjoué, par ses arrêts de principe, les prévisions des sujets de droit de l'Union⁵⁹⁵, mais également de la portée de la limitation opérée par la Cour. L'interprétation

⁵⁹² Cette seconde exigence peut également servir la logique subjective de la sécurité juridique mais dans une perspective à court terme, en ce que la nouvelle interprétation, uniforme, de la norme permettra de guider le comportement de ses destinataires. Sur cette distinction, voy. *infra*, n° 448.

⁵⁹³ C.J.U.E., 27 février 1986, *Röser*, aff. 238/84, pt 22.

⁵⁹⁴ Voy. en matière d'entente anti-concurrentielle, T.U.E., 6 avril 1995, *Ferriere Nord*, T-143/89, pt 31.

⁵⁹⁵ A tout le moins lorsqu'elle n'a pas permis d'excepter de sa limitation les personnes qui avaient introduit antérieurement à ses arrêts un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente. Tel était le cas dans l'arrêt de la Cour du 15 octobre 1980, *Providence agricole de la Champagne* (aff. 4/79, pts 44-46).

relative à l'ancien article 119 TCEE, qui impose aux états membres d'assurer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, est paradigmatique à cet égard⁵⁹⁶. Dans son arrêt *Defrenne II*, la Cour avait consacré l'effet direct de cette disposition mais des « considérations impérieuses de sécurité juridique » l'avaient amenée à limiter les effets de son arrêt aux revendications relatives à des périodes de rémunération postérieures à son arrêt⁵⁹⁷. Dans un arrêt *Barber* du 17 mai 1990, la Cour a jugé que cet article 119 était également applicable au cas où un certain type de régime de pensions privait un travailleur masculin, à la suite de son licenciement, de la pension octroyée à un travailleur féminin⁵⁹⁸. Admettant que cette solution n'avait rien d'évident, la Cour décida que l'effet direct de cette disposition ne pouvait « être invoqué pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à celle du présent arrêt, d'un droit à pension, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droits qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable » (pt. 45). Trois ans plus tard, la Cour était interrogée sur la portée exacte de cette limitation dans le temps. La Cour répondit que la limitation dans *Barber* avait été décidée dans le contexte précis de pensions prévues par des régimes professionnels privés et que l'effet direct de l'article 119 du traité ne pouvait être invoqué « afin d'exiger l'égalité de traitement en matière de pensions professionnelles, que pour les prestations dues au titre de périodes d'emploi postérieures [à l'arrêt *Barber*], sous réserve de l'exception prévue en faveur des travailleurs ou de leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable⁵⁹⁹ ».

Peu de temps après, la Cour devait à nouveau statuer sur l'effet temporel de l'arrêt *Barber* et sur l'opportunité de prévoir une limitation du même genre pour un autre type de régime de pensions. La Cour décida

⁵⁹⁶ Article 157 du TFUE, ex-article 141 TCE.

⁵⁹⁷ C.J.U.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, pts 72-74.

⁵⁹⁸ C.J.U.E., 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, pt 39.

⁵⁹⁹ C.J.U.E., 6 octobre 1993, *Ten Oever*, C-109/91, pt 20. A nouveau interrogée sur l'interprétation à donner à l'arrêt *Barber*, la Cour a réitéré ce motif (C.J.U.E., 14 décembre 1993, *Moroni*, C-110/91, pt 33). La Cour a en outre relevé que cet arrêt traitait pour la première fois de la question relative à l'appréciation de l'inégalité de traitement résultant de la fixation d'âges de la retraite différents selon le sexe au regard de l'article 119 (pt 16). Voy. également, toujours sur la limitation dans le temps des effets de l'arrêt *Barber*, C.J.U.E., 23 décembre 1993, *Neath*, C-152/91.

que, si les États membres et les milieux intéressés avaient pu raisonnablement se méprendre, dans cette affaire sur la portée de l'article 119 du traité, aucun élément ne permettait d'estimer qu'il en allait de même en ce qui concernait le droit à l'affiliation aux régimes professionnels⁶⁰⁰. Selon la Cour, il était « évident », depuis un arrêt *Bilka* de 1986, que ce type de droit était protégé par le traité. Cet arrêt n'ayant pas prévu de limitation dans le temps, l'effet direct de cette disposition pouvait être invoqué depuis la date de l'arrêt *Defrenne II*⁶⁰¹. Par la suite, la Cour eut à déterminer si le droit de l'Union s'opposait à la prise en compte, en vertu de dispositions nationales, de périodes antérieures à cette date pour l'application du principe d'égalité de traitement en matière de rémunérations. En l'espèce, les dispositions nationales permettaient une interprétation conforme à l'arrêt *Defrenne II* mais avaient été interprétées antérieurement dans un sens incompatible avec ce dernier. Selon la Cour, la limitation qu'elle y avait énoncée ne visait nullement « à exclure la possibilité, pour les travailleurs concernés, de se fonder sur des dispositions nationales énonçant un principe d'égalité ». En pareille hypothèse, poursuit la Cour, « le principe de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, qui peut amener la Cour, à titre exceptionnel, à limiter la possibilité d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée, ne trouve pas à s'appliquer et ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales assurant un résultat conforme au droit communautaire », même si les dispositions nationales en cause n'ont été interprétées dans un sens conforme à l'article 119 du traité qu'après la date du prononcé de l'arrêt *Defrenne*⁶⁰². On peut cependant se demander si l'application rétroactive de la nouvelle interprétation des dispositions nationales n'était pas, tout autant que dans la situation

⁶⁰⁰ C.J.U.E., 28 septembre 1994, Vroege, C-57/93, pts 23-28. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 11 décembre 1997, Magorrian et Cunningham, C-246/96, pts 27-35; 10 février 2000, Vick et Conze, aff. jtes C-234/96 et C-235/96, pts 37-42.

⁶⁰¹ C.J.U.E., 28 septembre 1994, Vroege, C-57/93, pt 29-30. Dans un arrêt *Bilka* du 13 mai 1986, la Cour avait conclu que l'exclusion, par une société de grands magasins, des employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise, lorsque cette mesure frappait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, violait l'article 119 du traité (aff. 170/84, pt 22).

⁶⁰² C.J.U.E., 10 février 2000, Vick et Conze, aff. jtes C-234/96 et C-235/96, pts 46-49.

de cet arrêt, de natu urprendre les justiciables et à remettre en cause des « relations juridiques établies de bonne foi ».

ii. Une portée et des conditions incertaines

146. — La reconnaissance prétorienne du pouvoir de la Cour de moduler dans le temps les effets de ses arrêts dans des circonstances non prévues par le traité a suscité des difficultés tant en ce qui concerne la portée que les conditions d'application de ce droit transitoire.

147. — La Cour annonçait, dans son arrêt *Defrenne II*, qu'on ne saurait « aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé⁶⁰³ ». Alors qu'elle avait répété cette exigence dans un arrêt *Blaizot* du 2 février 1988⁶⁰⁴, la Cour décida, quatre mois plus tard, de maintenir les effets d'une disposition européenne déclarée invalide jusqu'à son remplacement par une règle valide⁶⁰⁵. Le maintien d'une règle de droit pour l'avenir revient pourtant à infléchir l'objectivité du droit et à compromettre son application future, même si c'est de façon temporaire. La Cour a pourtant réitéré ce motif dans des arrêts ultérieurs⁶⁰⁶, ce qui ne l'a pas empêchée, en 2008, de tenir en suspens les effets du constat d'invalidité d'une décision de la Commission jusqu'à ce qu'elle adopte une nouvelle décision⁶⁰⁷.

148. — Les conditions posées par la Cour pour limiter dans le temps les effets de ses arrêts préjudiciels en interprétation manquent également

⁶⁰³ C.J.U.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, pt 71. Sur les réactions critiques à cet arrêt, voy. C. NAOME, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 86-87.

⁶⁰⁴ C.J.U.E., 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, pt 30.

⁶⁰⁵ C.J.U.E., 29 juin 1988, *Van Landschoot*, aff. 300/86, pts 22-24. La Cour avait déjà procédé de la sorte pour un recours en annulation (C.J.U.E., 5 juin 1973, *Commission/Conseil*, aff. 81/72, *Rec.* p. 575).

⁶⁰⁶ C.J.U.E., 16 juillet 1992, *Legros e.a.*, C-163/90, pt 30; 19 septembre 2000, *Ampafrance e.a.*, aff. jtes C-177/99 et C-181/99, pt 66; 14 septembre 2006, *Stradasfalti*, C-228/05, pt 72.

⁶⁰⁷ Tout en prévoyant, il est vrai, un délai pour l'adoption de cette nouvelle décision (C.J.U.E., 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*, C-333/07, pts 121-128). Voy. également l'arrêt *Test-Achats*, *supra* notes n° 271 et 273 et *infra* notes n° 1488 et 1633.

de cohérence⁶⁰⁸. Depuis 1994⁶⁰⁹, la Cour considère que deux critères essentiels doivent être satisfaits pour la limitation dans le temps, à savoir que les intéressés doivent avoir agi de bonne foi et qu'il existe un risque de graves difficultés en l'absence d'une limitation⁶¹⁰. Dans d'autres arrêts, cependant, elle a exigé, d'une part, un « risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur » et, d'autre part, le fait que les particuliers et les autorités nationales aient été incités à un comportement non conforme à la réglementation de l'Union en raison d'une « incertitude objective et importante » quant à la portée des

⁶⁰⁸ Dans le cas des recours en annulation, la Cour se contente de constater que l'annulation pure et simple serait de nature à porter préjudice à l'exercice des droits résultant de celle-ci et que, « dans ces circonstances, des motifs de sécurité juridique justifient que la Cour exerce le pouvoir que lui confère » le traité (C.J.U.E., 19 novembre 1998, Portugal/Commission, C-159/96, pts 52-53). Il en va de même dans les arrêts préjudiciels en validité, dont la Cour limite les effets lorsque sont en jeu des « considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés » (C.J.U.E., 22 décembre 2008, Société Régie Networks, C-333/07, pt 122). En matière d'action en responsabilité extra-contractuelle de l'Union, le Tribunal a mis en avant, pour justifier une limitation dans le temps d'un arrêt, outre des implications financières considérables, des considérations impérieuses d'intérêt général (T.U.E., 12 juillet 2007, Eagle, T-144/02, pt 95 ; T.U.E., 12 juillet 2007, Sanders e.a., T-45/01, pt 96). Sur ces conditions, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Rev. Dr.U.L.B.*, 2002, p. 134-137.

⁶⁰⁹ Auparavant, la Cour se contentait de préciser qu'elle pouvait être amenée à limiter les effets dans le temps de ses arrêts d'interprétation « en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé dans les relations juridiques établies de bonne foi » (C.J.U.E., 27 mars 1980, Salumi e.a., aff. jtes 66, 127 et 128/79, pt 10 ; 27 mars 1980, Denkavit, aff. 61/79, pt 17 ; 10 juillet 1980, Ariete, aff. 811/79, pt 7 ; 2 février 1988, Barra, C-309/85, pt 12).

⁶¹⁰ C.J.U.E., 28 septembre 1994, Vroege, C-57/93, pt 21 ; 12 octobre 2000, Cooke, C-372/98, pt 42 ; 10 janvier 2006, Skov et Bilka, C-402/03, pt 51 ; 30 mars 2006, Uudenkaupungin kaupunki, C-184/04, pt 55 ; 5 octobre 2006, Nadasdi, C-290/05, pt 63 ; 18 janvier 2007, Brzezinski, C-313/05, pt 56 ; 12 février 2009, Cobelfret, C-138/07, pt 68 ; 7 juillet 2011, Nisipeanu e.a., C-263/10, pt 33. Les difficultés administratives et pratiques résultant du réexamen de nombreux dossiers ne sauraient être assimilées à des troubles graves (C.J.U.E., 12 octobre 2000, Cooke, C-372/98, pt 43). L'avocat général Léger relève que la condition de bonne foi exige de vérifier si les milieux intéressés ont pu raisonnablement se méprendre quant à l'applicabilité ou à la portée de la disposition interprétée (ses concl. dans l'aff. C-78/98, Shirley Preston e.a., pt 148). Il incombe aux intéressés de se tenir au courant de la jurisprudence de la Cour (C.J.U.E., 23 mai 2000, Buchner e.a., C-104/98, pt 40 ; 15 décembre 1995, Bosman e.a., C-415/93, pt 146).

dispositions européennes, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué des comportements adoptés par d'autres États membres ou par la Commission⁶¹¹. Si la première condition de cette seconde version semble pouvoir englober la première, bien qu'en limitant les troubles graves à des troubles économiques, elle ajoute une condition, soit le fait que les particuliers et les autorités nationales aient été incités à un comportement non conforme à la réglementation européenne en raison d'une incertitude objective et importante relative à ces dispositions.

Cette dualité de versions ne facilite pas la compréhension, même si on peut constater des tentatives plus récentes de la Cour de donner de la cohérence à sa jurisprudence. Elle a ainsi jugé en 2007 qu'elle ne procédait à une telle limitation que lorsque deux critères essentiels étaient réunis, à savoir la bonne foi des milieux intéressés et le risque de troubles graves, ajoutant que, « plus spécifiquement », elle n'avait eu « recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, notamment lorsqu'il existait un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par

⁶¹¹ C.J.U.E., 11 août 1995, *Rodgers e.a.*, C-367/93 à C-377/93, pt 43 ; 13 février 1996, *Bautiaa*, aff. jtes C-197/94 et C-252/94, pt 50 ; 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, pt 53 ; 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 76 ; 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, pt 66-69 ; 27 avril 2006, *Richards*, C-423/04, pt 42 ; 15 décembre 2009, *Commission/Italie*, C-239/06, pt 58 ; 29 juillet 2010, *Brouwer*, C-577/08, pt 36. L'avocat général Stix-Hackl précise ainsi qu'« une insécurité juridique subjectivement ressentie comme telle par un État membre n'est donc pas suffisante » (ses concl. dans l'aff. C-292/04, *Meilicke e.a.*, pt 41), sans expliciter ce que vise l'étrange notion de sentiment subjectif d'un état. Selon une jurisprudence constante, les conséquences financières qu'une décision préjudicielle est susceptible d'avoir pour un État membre ne sont pas susceptibles en soi de justifier une limitation dans le temps de ses effets (C.J.U.E., 11 août 1995, *Rodgers e.a.*, C-367/93 à C-377/93, pt 48 ; 19 octobre 1995, *Richardson*, C-137/94, pt 37 ; 13 février 1996, *Bautiaa*, C-197/94 et C-252/94, pt 55 ; 23 mai 2000, *Buchner e.a.*, C-104/98, pt 40 ; 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, pt 52 ; 29 novembre 2001, *Griesmar*, C-366/99, pt 75 ; 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, pt 68 ; 5 octobre 2006, *Nadasdi*, C-290/05, pts 63-70 ; 18 janvier 2007, *Brzezinski*, C-313/05, pt 68).

la Commission⁶¹² ». Cette formule ne résoud cependant pas tous les problèmes. Après avoir réitéré sa première formulation des conditions relatives à la limitation dans le temps des effets de ses arrêts, la Cour précise en effet qu'elle n'a eu recours à cette possibilité que dans des « circonstances bien précises », qu'elle ne détaille malheureusement pas, sauf en évoquant sa seconde formulation, reléguant celle-ci, par l'utilisation du mot « notamment », au rang sans doute trop restrictif d'exemple de la première.

149. — En ce qui concerne la recevabilité d'une demande de modulation temporelle des effets d'un arrêt, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour qu'elle ne peut, pour des raisons de sécurité juridique, être admise que dans l'arrêt qui statue sur l'interprétation sollicitée⁶¹³. Cependant, le caractère contraignant de cette condition a amené la Cour à la contourner, en procédant à une limitation implicite de l'effet d'un arrêt antérieur. Dans un arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000, la Cour avait jugé pour la première fois que le droit de l'Union imposait des obligations de transparence et de publicité aux autorités publiques pour l'attribution de concessions de service public, sans limiter dans le temps les effets de sa décision⁶¹⁴. Dans une affaire *Brescia*, une société concessionnaire du service public de distribution du gaz naturel sur le territoire de la « Comune di Rodengo Saiano » depuis 1984, fit valoir que, jusque l'adoption de l'arrêt *Telaustria*, le droit de l'Union n'imposait pas de telles obligations de transparence et de publicité. La Cour confirma que, dans la mesure où une concession présentait « un intérêt transfrontalier certain », son attribution à une entreprise située dans l'État membre du pouvoir adjudicateur en l'absence de toute transparence était constitutive d'une discrimination contraire au traité, au détriment des entreprises situées dans un autre État membre. Elle admit cependant qu'une telle discrimination pouvait se justifier par des

⁶¹² C.J.U.E., 18 janvier 2007, Brzezinski, C-313/05, pts 56-57. Cette formule semble avoir l'avoir emporté (3 juin 2010, Kalinchev, C-2/09, pts 50-51 ; 21 octobre 2010, Albron Catering, C-242/09, pts 36-37 ; 10 mai 2012, Santander Asset Management, aff. jtes C-338/11 à C-347/11, pts 59-60 ; 19 juillet 2012, Ain rs R dlihs, C-263/11, pts 59-60 ; 18 octobre 2012, Mednis, C-525/11, pts 42-43 ; 13 décembre 2012, Forposta, C-465/11, pts 44-45). Pour une tentative similaire, voy. C.J.U.E., 13 avril 2010, Bressol, C-73/08, pts 91 et 93. Il convient d'y ajouter l'incertitude créée par un arrêt de la Cour (C.J.U.E., 4 mai 1999, Sema Sürül, C-262/96).

⁶¹³ Voy. les réf. citées *supra*, n° 69.

⁶¹⁴ C.J.U.E., 7 décembre 2000, *Telaustria* et *Telefonadress*, C-324/98.

circonstances objectives, telles que la nécessité de respecter le principe de sécurité juridique qui « non seulement permet mais aussi impose que la résiliation d'une telle concession soit assortie d'une période transitoire qui permette aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique⁶¹⁵ ». En d'autres termes, alors qu'elle subordonne, pour des motifs de sécurité juridique, la recevabilité d'une demande de limitation dans le temps des effets de ses arrêts à la condition qu'elle ait été formée dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée, la Cour décide, en 2008, pour les mêmes motifs, de tenir en suspens les effets d'un arrêt prononcé huit ans plus tôt sans limitation dans le temps et ce, jusqu'à l'écoulement d'une « période transitoire⁶¹⁶ ».

150. — Ces arrêts montrent que, si la limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour est principalement fondée sur des motifs de sécurité juridique, la jurisprudence relative à ce droit transitoire a elle-même généré de l'insécurité juridique, selon les propres critères de la Cour.

e) La crise de l'autorité

151. — Strictement appliquée, la logique combinée des principes de primauté et de coopération loyale devrait obliger les états membres à ignorer l'autorité de chose jugée qui s'attache à des décisions rendues en violation du droit de l'Union européenne⁶¹⁷. Eu égard à l'importance de ce principe dans les ordres juridiques nationaux, les juridictions européennes n'ont eu cependant d'autre choix que de tenter des aménagements raisonnables. Le résultat de ces montages jurisprudentiels ne brille pas toujours par sa clarté, lorsqu'il n'aboutit pas tout simplement

⁶¹⁵ C.J.U.E., 17 juillet 2008, Brescia, C-347/06, pts 47, 59-60, 64 et 71.

⁶¹⁶ Voy. également l'arrêt *Förster*, *supra* n° 101.

⁶¹⁷ Dans la mesure où celle-ci aurait « pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires » (C.J.U.E., 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, pt 22; 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89, pt 20; 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. jtes C- 6/90 et C- 9/90, pt 36). Voy. également l'arrêt *Larsy* précité. Le principe de coopération loyale trouve son fondement dans l'article 10 TCE et est aujourd'hui consacré par l'article 4, § 3 TUE. Sur le principe de primauté, voy. *supra* n° 139 et *infra*, n° 366.

à des solutions difficilement compatibles entre elles, voire contradictoires. La Cour de justice considérait en effet, d'une façon constante, que le droit de l'Union n'exigeait pas que l'autorité de chose jugée soit remise en cause en cas de violation de celui-ci⁶¹⁸. Dans son arrêt *Kühne & Heitz*, pourtant, la Cour jugea qu'à certaines conditions, une instance administrative était tenue de ne pas avoir égard à l'autorité de la chose jugée s'attachant, le cas échéant, à une décision par laquelle une juridiction nationale avait rejeté le recours formé contre l'acte d'une administration devenu définitif mais adopté en violation du droit de l'Union⁶¹⁹. Dans un arrêt *Lucchini* du 18 juillet 2007, la Cour de justice était confrontée à un arrêt d'une cour d'appel italienne, revêtu de l'autorité de chose jugée, qui avait conclu à la compatibilité d'une aide d'état avec le droit de l'Union, et ce en contradiction avec une décision de la Commission européenne rendue avant cet arrêt. Après avoir rappelé les principes des arrêts *Simmenthal* et *Factortame*, la Cour, siégeant en grande chambre, décida que le droit de l'Union s'opposait à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, « en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive⁶²⁰ ». De tels arrêts paraissent pour le moins incompatibles avec la jurisprudence précitée de la Cour⁶²¹. Ils illustrent cependant l'importance

⁶¹⁸ Voy. *supra*, n° 73-75.

⁶¹⁹ Voy. *supra*, n° 41.

⁶²⁰ C.J.U.E., 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, pts 57-63 et les concl. de l'avocat général Geelhoed. Sur cet arrêt, voy. A. DEFOSSEZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice et du tribunal de première instance des Communautés européennes », in *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, G. de Leval et F. Georges (dir.), Anthémis, CUP n° 102, 2008, p. 105 et les références citées; P. BRIZA, « Is there anything left of *res judicata* principle ? », *C.J.Q.*, 2008, p. 40-50; M. Fr. ORZAN, « Ops... the ECJ did it again! The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach », *European Law Reporter*, 2010, p. 66.

⁶²¹ Plus conciliant, Y. HOUYET observe qu'« il se peut que des règles nationales qui, en soi, respectent ces principes, comme celles concernant les décisions passées en force de chose jugée, soient néanmoins interprétées ou appliquées, dans des circonstances particulières, d'une manière qui les méconnaît » (« Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux », *J.D.E.*, 2008, p. 262).

de l'intérêt de l'Union et sa prévalence, en l'espèce, sur le principe de sécurité juridique.

Dans un arrêt du 3 septembre 2009, la Cour a précisé que l'arrêt *Lucchini* ne venait pas remettre en cause la compatibilité avec le droit de l'Union du principe de l'autorité de chose jugée mais que cet arrêt « concernait une situation tout à fait particulière dans laquelle étaient en cause des principes régissant la répartition des compétences entre les États membres et la Communauté en matière d'aides d'État, la Commission des Communautés européennes disposant d'une compétence exclusive pour examiner la compatibilité d'une mesure nationale d'aides d'État avec le marché commun ». Et la Cour de conclure que « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause⁶²² ». Un mois plus tard, la Cour a réitéré ce dernier motif, précisant toutefois que le droit de l'Union n'imposait pas d'écarter les règles relatives à l'autorité de la chose jugée, même si cela permettrait de remédier à une violation, par la décision en cause, d'une disposition du droit de l'Union européenne et ce, « *quelle qu'en soit la nature*⁶²³ ». Il paraît difficile de concilier le caractère général de ce motif avec la solution retenue dans l'arrêt *Lucchini*, qui n'est d'ailleurs plus évoqué par la Cour.

152. — A l'instar de la situation en matière de délai national, les juridictions de l'Union sont amenées à mettre en balance l'intérêt de l'Union, des états membres et des individus. Il en résulte inévitablement une certaine confusion, voire des solutions contradictoires. Du point de vue de la sécurité juridique, la conséquence essentielle de cet exercice d'équilibriste est l'imprévisibilité des décisions jurisprudentielles en la matière.

⁶²² C.J.U.E., 3 septembre 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, pts 22-23.

⁶²³ C.J.U.E., 6 octobre 2009, Asturcom, C-40/08, pt 37 (nous soulignons).

Conclusion du second chapitre

153. — A l'issue de cet aperçu du « côté obscur » de la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe de sécurité juridique, le bilan est nettement moins positif que celui du premier chapitre. La générosité des principes énoncés est souvent confrontée à une application nettement plus restrictive, qui amène parfois les juridictions à adapter partiellement leur discours d'une façon qui tend à manquer de lisibilité. De manière générale, tant le principe de sécurité juridique que les notions qui gravitent autour de lui font l'objet de décisions qui révèlent une certaine confusion, quand elles ne proposent pas des solutions véritablement contradictoires. Tel est le paradoxe d'un principe censé garantir la clarté, la certitude, la stabilité et la prévisibilité mais que la pratique révèle ambigu, incertain, instable et imprévisible. L'incertitude parcourt également les raisonnements relatifs aux principes de confiance légitime, de rétroactivité ou de l'autorité de la chose jugée, qui lui sont étroitement associés. La prétention hégémonique du principe de sécurité juridique l'entraîne parfois dans des contestations de paternité, comme pour le principe de légalité des délits et des peines ou l'exigence de délai raisonnable, revendiqués respectivement par le principe de légalité et le droit à un procès équitable (ou à une bonne administration).

154. — Deux explications se profilent déjà, qui exigeront un développement ultérieur. La première est celle de la survivance de ce que nous avons appelé la logique cartésienne de la sécurité juridique, qui s'appuie sur le fantasme d'une prévisibilité juridique absolue et se heurte à l'inévitable casuistique du droit vivant, qui n'existe que par le médium complexe du langage. La prétention à un droit clair, précis, certain, stable et prévisible ne peut qu'échouer lorsqu'elle est confrontée à des configurations factuelles et juridiques qui offrent des combinaisons infinies et incertaines.

155. — La seconde est celle de la présence, toujours implicite et parfois insidieuse, d'un intérêt concurrent et distinct de l'intérêt des individus à la sécurité juridique : celui de l'Union européenne. Il n'est guère besoin de s'étendre ici sur cette notion complexe et mystérieuse,

qu'une compréhension instinctive permet, à ce stade, d'appréhender à suffisance pour le propos qui nous occupe⁶²⁴. Cette importance de l'intérêt de l'Union dans la jurisprudence des juridictions de l'Union est un phare qui permet d'éclairer de nombreux écueils des arrêts relatifs à la sécurité juridique. Il en va notamment ainsi de la tolérance jurisprudentielle à l'égard des enjeux de rétroactivité, ennemi juré, s'il en est, de la sécurité juridique. La question se complexifie encore lorsque cet intérêt de l'Union se pare des atours et des armes de la sécurité juridique (logique politique) pour faire échec à la dimension subjective du principe (logique subjective). Cette dynamique se marque surtout dans la promptitude de la Cour à admettre, pour des raisons de sécurité juridique, des obstacles prétoriens aux actions et moyens formés par les particuliers et les états membres contre des actes adoptés par les institutions de l'Union européenne.

⁶²⁴ Sur cette notion, voy. *infra*, n^{os} 381-383.

Conclusion de la première partie

156. — Notre parcours nous a permis de nous familiariser avec les exigences qui sont attribuées par les juridictions de l'Union au principe de sécurité juridique. Il se révèle être au centre d'une constellation d'exigences, de notions et principes juridiques qui lui sont plus ou moins associés. Loin de l'impression de cohérence que la présentation de notre premier chapitre a pu laisser, un examen critique de la jurisprudence révèle une situation relativement chaotique, qui met en scène différentes logiques sous-jacentes au principe et qui opèrent le plus souvent de façon clandestine. Il convient cependant de prévenir toute critique qui serait trop rapidement dirigée contre les juridictions de l'Union en ce qui concerne les acceptions du principe de sécurité juridique qu'elles ont retenues. Elles correspondent en effet, pour la plupart, aux notions rattachées à ce principe par la doctrine, de droit national ou international. Les auteurs s'accordent ainsi sur les exigences de connaissance du droit, qui requièrent sa publicité, sa clarté, son intelligibilité et sa précision⁶²⁵ et est censée garantir la prévisibilité⁶²⁶,

⁶²⁵ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 13 ; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne. L'état de droit », *R.D.P.*, 1984-1985, p. 1213 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.*, numéro spécial 1996, p. 178 ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D., Chron.*, 2002, p. 2815 ; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, *op. cit.*, p. 31 ; J. CHEVALLIER, *L'état post-moderne*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 2008, p. 149 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 373 ; R. VANDER ELST, « Justice et sécurité juridique », in *Justices et argumentations. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, rassemblés par G. Haarscher et L. Ingber, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 25 ; J.-M. WOEHLING, « L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées (à propos de la sécurité juridique) », *R.D.P.*, 2007, p. 288 ; F. POLLAUD-DULIAND, « A propos de la sécurité juridique », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 489 ; B. PACTEAU, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 155 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 6 ; R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, 2001, p. 110 ; rapport du Conseil d'État de 2006 (p. 281) ; Commission de Venise, *Rapport sur la prééminence du droit*, CDL-AD(2011)003rev, 2011, p. 11.

⁶²⁶ M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1213 ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 13 et 40 ; R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international... », *op. cit.*, p. 110 ; J. CHEVALLIER, *L'état post-moderne*, *op. cit.*, p. 149 ; Ch. GRZEGORCZYK,

le plus souvent du droit⁶²⁷. La sécurité juridique renvoie également à la nécessité d'assurer la stabilité des relations ou de l'environnement

La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, L.G.D.J., 1982, p. 267 ; H. BATTIFOL, *La philosophie du droit*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 10^e éd., 1997, p. 103 ; Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable*, Ch. Perelman et R. Vanderelst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 363.

⁶²⁷ A. ARNULL, *The General Principles of EEC Law and the Individual*, Leicester University Press, Londres, 1990, p. 3 ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 2815 ; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, *op. cit.*, p. 31 ; L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 34 ; G. DUFOUR, *Sécurité juridique et règles de droit: Illustration en droit des contrats*, thèse, Lille II, ANRT, 2005, p. 312 ; J. CHEVALLIER, *L'état post-moderne*, *op. cit.*, p. 149 ; P. POPELIER, *Rechtzekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 141 ; P. POPELIER, « Legal certainty and principles of proper law making », *Eur. J. L. Reform*, 2000, p. 326 ; A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, 2005, p. 40 ; O. JOUANJAN, « Faillible droit » in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit, le texte, la norme et le travail du droit*, coll. « Dikè », Presses de l'Université Laval, Québec, 2007, p. 61 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 250 ; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, 2^e éd., Springer, 2009, p. 24 et les références citées ; J.-M. WOEHRLING, « L'obligation d'édicter... », *op. cit.*, p. 288 ; F. POLLAUD-DULIAND, « A propos de la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 489 ; B. PACTEAU, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 155 ; D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *R.I.D.C.*, 2003, p. 90 ; B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 166 ; R. RICCI, « Les sources normatives du principe de sécurité juridique en droit public économique », *R.I.D.E.*, 2000, p. 307 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 6.

juridique⁶²⁸. Elle évoque tour à tour la certitude⁶²⁹ ou la fiabilité du droit⁶³⁰ et est souvent associée à la non-rétroactivité⁶³¹, au principe de l'autorité de la chose jugée⁶³², de droits acquis ou de confiance légitime⁶³³. Il est donc plausible de considérer que les problèmes relatifs au

⁶²⁸ A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 16; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1213; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 178; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 2815; L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 34; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, *op. cit.*, p. 31; O. JOUANJAN, « Faillible droit », *op. cit.*, p. 61; F. POLLAUD-DULIAND, « A propos de la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 489; D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 88; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 609; B. PACTEAU, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 151; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 62; R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international... », *op. cit.*, 2001, p. 112; F. MODERNE, « Une communicabilité contrastée : le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français et espagnol », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 835; R. MEHDI, « Variations sur le principe de sécurité juridique », in *Liber Amicorum Jean Raux*, Apogée, Rennes, 2006, p. 178; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 149; voy. également le rapport du Conseil d'État de 2006 (p. 281).

⁶²⁹ D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 88; P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 26; B. PACTEAU, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 151.

⁶³⁰ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 134 et 157; B. PACTEAU, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 151; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 62.

⁶³¹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1951, p. 336; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 373; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 189; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 31; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1213; Commission de Venise, *Rapport sur la prééminence du droit*, *op. cit.*, p. 11.

⁶³² R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international... », *op. cit.*, p. 113; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1213; Commission de Venise, *Rapport sur la prééminence du droit*, *op. cit.*, p. 11; X. GROUSSOT et T. MINNSEN, « *Res Judicata* in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality? », *Eur. Const. L. Rev.*, 2007, p. 387-390; G.P. ROMANO, « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts Gasser et Owusu », *C.D.E.*, 2008, p. 183; K. NAJARIAN, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, L.G.D.J., Paris, 1973, p. 3; *R.P.D.B.*, complément t. VI, v^o chose jugée, p. 262, n^o 2; rapport de M. VAN REEPINGHEN, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 1963-1964, n^o 60, p. 29.

⁶³³ Commission de Venise, *Rapport sur la prééminence du droit*, *op. cit.*, p. 11; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*;

principe de sécurité juridique ne peuvent être exclusivement imputés à la Cour de justice de l'Union européenne et il convient d'élargir le spectre de la recherche, en remontant dans l'histoire des idées jusqu'au point d'émergence de ses logiques cartésienne, fiduciaire, subjective et politique. Après avoir suivi un acte de l'Union européenne de sa naissance à son éventuelle mort juridique sous l'angle du principe de sécurité juridique, nous allons inverser la ligne du temps et tenter d'identifier les racines de ce principe.

157. — Une telle démarche ne présentera de l'intérêt qu'à condition d'abandonner notre approche nominaliste. En effet, s'il est précieux de mobiliser les prénom et nom d'une personne afin de l'identifier, il convient de ne pas s'y limiter dans le cadre d'une enquête généalogique approfondie. Il importe en effet de repérer tous les liens de filiation, quand bien même leur légitimité serait soumise à controverse. Aussi, c'est à partir du principe de sécurité juridique *tel qu'il a été défini par les juridictions de l'Union* que nous allons mener notre investigation historique.

J.-P. PUISSOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 149.

Deuxième partie

HISTOIRE D'UN BESOIN, RÉCIT D'UNE IDÉE

Plus nous avançons en droit civil, plus nous constatons que l'histoire, bien mieux que la logique ou les théories, est seule capable d'expliquer que nos institutions sont telles qu'elles existent, et comment il se fait qu'elles sont telles qu'elles existent.

H. DE PAGE

158. — Selon la conception traditionnellement reçue, la sécurité juridique est dérivée de la notion, essentiellement allemande, d'Etat de droit⁶³⁴. Selon certains auteurs, le principe de sécurité juridique est « en tant que tel inconnu de l'ordre juridique français⁶³⁵ » alors que les juristes de droit continental sont tentés de le soustraire de l'incertain droit jurisprudentiel de *common law*⁶³⁶. Trois raisons militent cependant en faveur d'une investigation remontant, temporellement, avant la consécration du *Rechtsstaat* et dépassant, géographiquement, le cadre du droit allemand. Tout d'abord, la plupart des juristes partageant ce sentiment de P. Pescatore, pour qui la sécurité juridique constitue manifestement « une donnée première de tout ordre juridique⁶³⁷ », certes

⁶³⁴ Voy. les références citées *infra*, note n° 1048.

⁶³⁵ D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 88. Voy. également les auteurs cités par Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 126. Ces affirmations sont antérieures à la consécration du principe par le Conseil d'État français en 2006.

⁶³⁶ Voy. notamment T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 244 (« Continental public lawyers are more receptive to arguments based on legal certainty than English lawyers »).

⁶³⁷ P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 26. G. Ripert et P. Roubier estiment tous deux que la valeur la plus essentielle du droit est la sécurité juridique et G. Radbruch en fait la prémisse de toute civilisation (voy. *infra*, n°s 250 et 270).

dans une mesure différente selon les époques⁶³⁸. Selon J. Ellul, l'apparition du phénomène juridique s'explique, dans toutes les sociétés, par la volonté humaine d'instaurer de l'ordre dans l'espace et de la stabilité dans le temps, afin de réduire l'incertitude inhérente à la nature et à tout rapport social. Le droit est la « sécurité de l'Homme, par l'artifice d'une permanence établie contre l'imprévisible, et d'un ordre établi au milieu du désordre⁶³⁹ », sa réponse « à son expérience d'un futur imprévisible et d'un espace naturel incohérent et menaçant », consistant à « établir artificiellement une prise sur l'avenir ; convenir que les choses changeantes ne changeraient pas finalement les états créés par lui ; encadrer les éventualités de façon à ce que l'évolution, certaine, ne le surprenne pas désarmé⁶⁴⁰ ». Ensuite, contrairement à la logique de l'État de droit, la sécurité juridique ne tend pas toujours à soumettre le fait au droit⁶⁴¹ mais permet bien souvent, au contraire, d'assujettir le droit au fait. L'imposition prétorienne d'un délai raisonnable ou la capacité d'une pratique, parfois illégale, d'une autorité à susciter une confiance légitime digne de protection, attestent de ce que la sécurité juridique dépasse, en quelque sorte, une notion trop restrictive de l'État de droit pour protéger la confiance que les citoyens investissent dans les pouvoirs en place, et qui justifie leur mandat et leur autorité⁶⁴². Enfin, la présence de différentes logiques sous-jacentes au principe de sécurité juridique, révélées par notre première partie, ne trouve pas d'explication satisfaisante dans l'émergence de l'État de droit.

159. — Il est donc pertinent de procéder à une enquête archéologique dans l'histoire de la pensée et des idées juridiques occidentales, afin d'en extraire ce qui a contribué à faire de ce principe, jugé soit inutile soit indispensable, un concept creux, car trop rempli. Il convient cependant de se méfier des explications alléchantes mais simplistes. Il paraît ainsi

⁶³⁸ M. RUMELIN, « Developments in Legal Theory and Teaching during my lifetime », in *The Jurisprudence of Interests*, M. Schoch (éd. et trad.), Twentieth-Century Legal Philosophy Series: Vol. II, Harvard University Press, Londres 1948, p. 18.

⁶³⁹ J. ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1965, p. 193 et 198.

⁶⁴⁰ J. ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1963, p. 21 et 28-30.

⁶⁴¹ En ce sens, S. VAN DROOGHENBROECK souligne le souci de la sécurité juridique de placer l'accent sur la dimension instituante du droit (*La proportionnalité dans le droit de la Convention*, op. cit., p. 713).

⁶⁴² Il en va de même, en droit privé, de la théorie de l'apparence.

difficile d'accepter qu'auraient été jetées à Rome les « fondations théoriques et pratiques du principe de la sécurité juridique », qui pourrait être décomposé en deux sous-principes : *certitudo* (le sujet doit savoir « à l'avance quel comportement juridique est attendu de lui comme de ses semblables ») et *securitas* (principe de « réalisation » qui « se nourrit pour sa part du respect concret des normes »)⁶⁴³. Cette distinction ne semble en effet pas se retrouver en droit romain⁶⁴⁴, même si elle justifie d'ouvrir une brève parenthèse étymologique. Le terme « *securitas* » (« se », « sans » et « *cura* », « soin », « prudence » ou « inquiétude ») peut se traduire par l'absence de danger ou d'inquiétude au sens objectif, ou comme évoquant l'insouciance, voire la négligence au sens subjectif⁶⁴⁵. Pour Sénèque, la vie heureuse « (c)'est la sécurité et la permanence dans le calme », qui ne peut nous venir que d'une « raison parfaite⁶⁴⁶ ». La sécurité ne vient pas, au contraire, de la capacité de prévoir ce qui va arriver : « On jouit pleinement et avec sécurité de soi-même, quand on attend le lendemain sans inquiétude⁶⁴⁷ ». Chez Cicéron, le terme est

⁶⁴³ D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 96-97. A.-L. VALEMBOIS impute également cette distinction au droit romain mais se contente de citer ces deux auteurs (*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, p. 10). Ceux-ci mentionnent, à tort nous semble-t-il, le terme « *certutido* » au lieu de « *certitudo* » (voy. en ce sens R. KOLB, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 110).

⁶⁴⁴ MM. Soulas De Russel et Raimbault reconnaissent par ailleurs, comme R. Kolb qui utilise également cette distinction, emprunter ces notions à l'auteur allemand T. GEIGER. Dans *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (Munich, 1964, p. 102-103), ce dernier envisage bien les deux notions mais ne démontre pas qu'elles étaient théorisées comme telles en droit romain.

⁶⁴⁵ J. Fr. M. ARENDS, « From Homer to Hobbes and Beyond – Aspects of 'security' in the European Tradition », in *Globalization and Environmental Challenges*, Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace, 2008, Volume 3, Part III, p. 268.

⁶⁴⁶ SÉNÈQUE, « Lettres à Lucilius », in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, trad. par J. Bailland, Paris, Hachette, 1914, t. II, lettre 92, p. 297-298. Lettre 13, p. 25. Pour une analyse détaillée de ce sens du mot « sécurité », voy. F. GROS, *Le Principe Sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, p. 15-51.

⁶⁴⁷ Pour le stoïcien, « la prévoyance, l'un de nos plus grands biens sur cette terre, s'est tournée en mal. L'animal voit le danger et le fuit; le danger s'éloigne, sa sécurité renaît : nous, l'avenir nous torture en même temps que le passé. Que de choses salutaires à l'homme sont pour l'homme des poisons. Sa mémoire lui ramène les angoisses de la peur, sa prévoyance les anticipe. Nul n'a assez des misères du présent » (lettre V, p. 8). Cette conception de la *securitas* comme absence d'inquiétude réapparaîtra chez Augustin et Luther (J. Fr. M. ARENDS, « From Homer to Hobbes and Beyond... », *op. cit.*, p. 269-270).

utilisé dans le même sens que le terme grec « *ataraksia* » (impassivité, calme) et constitue un prérequis du bonheur et de la dignité : « Il faut rester libre de toute passion, libre de cupidité comme de crainte, libre à la fois d'inquiétude et de colère, et conserver cette tranquillité d'âme, cette sécurité qui fait la constance et la dignité⁶⁴⁸ ».

Thucydide faisait de la sécurité (« *asphaleia* »), comprise comme la capacité d'un pouvoir à ne pas être renversé, un but essentiel de la politique athénienne. Ce sens plus objectif, voire politique, du mot « *securitas* » se retrouve également dans la Rome du I^{er} siècle avant Jésus-Christ, durant la période de calme qui a suivi, sous l'empereur Auguste, les troubles causés par l'assassinat de César, où le terme constitue pratiquement un outil de propagande⁶⁴⁹. Sénèque évoque cet aspect lorsqu'il écrit que « la sécurité publique » concourt au « noble projet de vivre vertueusement » nourri par les philosophes⁶⁵⁰. Plus tard, des auteurs chrétiens comme Tertullien et Augustin utiliseront le terme « *securitas* » dans un nouveau sens d'« assurance de foi » en opposition au doute (« *dubitatio* »). Entre le IV^e et le VII^e siècle après Jésus-Christ, le terme « *certitudo* » fera son apparition et, dans le champ théologique, remplacera le mot « *securitas* » sous l'influence du pape Grégoire le Grand qui en fera le cœur du crédo et, plus tard, de Luther. Dans le langage juridique, le terme « *securitas* » sera réduit à une simple formule verbale et celui de « *certitudo* » utilisé comme son équivalent⁶⁵¹.

160. — Cet aperçu terminologique nous amène à relativiser l'espoir de trouver, à une époque aussi lointaine, une expression dont le signifiant et le signifié correspondraient exactement à la notion moderne de sécurité juridique⁶⁵². Si M. Villey a raison d'écrire qu'il n'y a d'histoire en

⁶⁴⁸ CICÉRON, *Des Devoirs*, trad. de Gallon-La Bastide, Ed. Lefebvre, Paris, 1821, t. XXVII, p. 339.

⁶⁴⁹ Dans l'Œdipe de Sophocle, le terme « *asphaleia* » vise la stabilité de la cité. Fr. ARENDS relève que Hobbes, à qui on doit la renaissance du mot « sécurité », a étudié Thucydide mais également qu'il était proche de Gassendi, dont les travaux ont porté sur Lucrèce, disciple d'Epicure chez qui le terme « *ataraksia* » a joué un rôle important (« From Homer to Hobbes and Beyond... », *op. cit.*, p. 265-270). En ce qui concerne les autres philosophes qui définissent la sécurité comme visant la stabilité de l'ordre politique et social, voy. E. CAHN, *The Sense of Injustice. An Anthropocentric View of Law*, New York University Press, 1949, p. 125.

⁶⁵⁰ SÉNÈQUE, « Lettres à Lucilius », *op. cit.*, lettre 72, p. 187.

⁶⁵¹ J. Fr. M. ARENDS, « From Homer to Hobbes and Beyond... », *op. cit.*, p. 270-271.

⁶⁵² Si l'expression française de « sécurité juridique » fait surtout son apparition dans des textes du XIX^e siècle (H. DONIOL, *Histoire des classes rurales en France et*

philosophie du droit que des erreurs, « dont beaucoup tiennent au pouvoir qu'a le langage de nous égarer⁶⁵³ », il nous faut aller voir derrière les mots et tenter d'identifier les exigences que nous avons déjà recensées dans la première partie, à partir de la jurisprudence européenne⁶⁵⁴. En d'autres termes, alors que nous étions partis d'une approche résolument nominaliste, afin de prendre au sérieux le discours jurisprudentiel de la Cour de justice sur la sécurité juridique, les développements qui suivent empruntent, dans le même objectif, la méthode inverse. En effet, le meilleur moyen de rester fidèle à la conception des juges du Kirchberg dans l'exploration des racines du principe est de s'attacher désormais au signifié qu'ils ont construit dans leur jurisprudence.

161. — Cette incursion historique va mettre en évidence que les exigences de la sécurité juridique servent d'abord essentiellement sa *logique politique*, la connaissance et la certitude du droit visant avant tout à assurer le pouvoir du prince et l'effectivité des règles qu'il édicte. En ce sens, la sécurité juridique se rapproche, sur le plan juridique, de l'*asphaleia* de Thucydide ou de la *securitas* de l'époque d'Auguste.

de leurs progrès dans l'égalité civile et la propriété, Ed. Guillaumin, Paris, 1857, p. 303 ; Pr. Ch. A. DE HAULLEVILLE, *Considérations économiques et financières sur les ressources de l'empire d'Autriche*, Ed. Guillaumin, Paris, 1863, p. 17 ; A. ROLIN CHEVALIER-MARESCQ, *Principes du droit international privé : et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon)*, 1897, p. 532 et 534), le terme allemand « *Rechtssicherheit* » se trouve déjà dans des ouvrages du XVIII^e siècle (S. BERNFELD, *Herausgegeben vom Verband der Deutschen Juden*, C.A. Schwetschke, Berlin, 1729, p. 78 ; K. THEODOR, *Ordnung*, 1779). Il en va de même des termes « *legal certainty* » (voy. notamment *The Reports of Sir Edward Coke Kt.*, Partie 7, E. and R. Nutt, Londres, 1727, p. 56 ; E. WYNNE, *Eunomus or Dialogues concerning the Law and Constitution of England : With an Essay on Dialogue*, 2^e éd., Ed. B. White, Londres, 1785, p. 189). Dans un de ses discours, le juge écossais Lord Auchinleck écrivait : « But my Lords, it is the spirit of our law, and it is the spirit of a wise law, to disregard such possible cases, and to look for a legal certainty, not a certainty in the abstract » (cité dans W. ANDERSON, *The Speeches and Judgement of the Right Honourable the Lords of Council and Session in Scotland*, Ed. Balfour, Edimbourg, 1768, p. 64). La plus ancienne occurrence que nous avons pu identifier date de 1712, dans un texte anonyme sur les pouvoirs du Parlement anglais : « The Parliament Writs, and the Legal Certainty of them, is all the Legal Security the People have for the great Trust and Concernment they commit to Parliaments [...] » (« A letter to a Friend in the country », *A collection of Scarce and Valuable Papers*, Vol. I, Ed. G. Sawbridge, Londres, 1712, p. 200).

⁶⁵³ M. VILLEY, « Torah-Dikaion I (Patristique et haut Moyen-Âge) », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, Paris, 1976, p. 20.

⁶⁵⁴ Il s'agit, en résumé, des exigences d'accessibilité, de clarté, de précision, de certitude, de stabilité, de fiabilité et de prévisibilité du droit.

Au fil des siècles, la notion va cependant se développer autour de deux *fondements* essentiels, dont les germes se trouvent déjà dans la pensée gréco-romaine : la quête de la *certitude* (un droit *certain*) et le besoin de *confiance* (un droit *fiable*). Le XVII^e siècle constitue à cet égard un tournant fondamental en ce qu'il permet aux logiques *cartésienne* (la certitude du droit provient de sa capacité à déterminer à l'avance son application de façon quasi-mécanique) et *fiduciaire* (la confiance comme fondement de l'obligation, dans le chef des autorités, de mettre le droit à disposition des sujets de droit et de respecter leurs attentes légitimes) du principe d'émerger dans le cadre, respectivement, de la révolution de la science moderne, causale et déterministe, d'une part, et des théories du contrat social, d'autre part. Si la logique fiduciaire n'aura pas le succès de son pendant cartésien, elle facilitera néanmoins le développement de la logique *subjective* de la sécurité juridique, qui tend à la protection des particuliers et viendra, sur le plan des *destinataires* du principe, concurrencer sa logique *politique*. Notre étude s'étendra donc à ces thématiques, mais également à des concepts qui entretiennent des relations étroites avec la sécurité juridique, comme l'équité et la légalité⁶⁵⁵.

162. — Plusieurs mises en garde doivent d'emblée éclairer notre démarche. Là où le premier chapitre de la première partie de notre recherche proposait un compte-rendu relativement complet et objectif des occurrences du principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice, l'ambition de notre approche historique nous contraint à opérer une modeste sélection, forcément partielle, simplificatrice et subjective des éléments historiques jugés pertinents. Cette restriction est d'autant plus indispensable que le matériau étudié n'est pas exclusivement juridique et reflète la conviction que l'étude du droit s'enrichit en s'ouvrant au contexte social, politique, économique et intellectuel dans lequel ses phénomènes s'inscrivent. Sur le plan géographique, notre étude correspondra essentiellement au territoire de l'Union européenne mais se permettra quelques incursions sur le continent américain, à la fois en raison de son caractère de représentant essentiel du courant de *common law* et d'héritier de la culture européenne, qu'il a à son tour influencée.

⁶⁵⁵ Ces relations complexes seront analysées dans la troisième partie. Voy. *infra* nos 472-476 et 494-496.

Au niveau temporel, nous ne posons pas le curseur avant l'âge d'or de la Grèce antique et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, notre étude est essentiellement relative à la place de la sécurité juridique dans la fonction de juger européenne et, à en croire Niklas Luhmann, l'institutionnalisation de procédures juridictionnelles n'apparaît pas avant les cultures grecque, romaine et médiévale⁶⁵⁶. Ensuite, la période antérieure à l'Antiquité grecque souffre de la faiblesse de l'accessibilité des sources de première main, qui nous paraît essentielle dans le cadre d'une démarche scientifique. Cette dernière observation amène une dernière mise en garde. Les sources disponibles se limitent souvent au discours que portent sur le droit les auteurs de cette époque. Or, la première partie de notre recherche l'a montré à suffisance, il peut y avoir un écart important entre discours et pratique. Si cette limite n'invalide pas la démarche, d'autant que les discours ont souvent pour effet d'orienter les discours et les pratiques ultérieurs, il convient néanmoins de la garder à l'esprit. Enfin, et surtout, l'origine de la rationalité occidentale moderne est généralement située dans la pensée grecque. On le verra, le philosophe américain J. Dewey estime que l'origine de la quête de certitude qui a structuré toute la pensée occidentale doit être située dans la séparation entre connaissance et pratique opérée par les Grecs. Cela ne signifie pas que l'incertitude ne constituait pas un souci pour les sociétés primitives. Sur le plan matériel, les êtres humains ont, de tous temps et à l'instar des animaux, ressenti le besoin d'assurer leur sécurité et, sur le plan symbolique, le recours aux mythes a, comme l'écrit G. Bronner, « sans doute été la première tentative de réduction d'incertitude de sens⁶⁵⁷ ». La spécificité de l'époque grecque est, cependant, de s'inscrire dans ce que Marcel Gauchet appelle, après Karl Jaspers, un tournant axial qui divise l'histoire en deux, entre un monde mythologique qui nous reste essentiellement opaque, et des

⁶⁵⁶ Selon le sociologue allemand, la fonction de cette institutionnalisation est de permettre l'adoption d'une décision dans une situation ouverte, absorbant par là-même l'incertitude de cette situation, alors que, dans le droit « archaïque », le premier mode de stabilisation juridique est la pauvreté des alternatives et le peu de complexité de la société (*A Sociological Theory of Law*, Routledge, Londres, 1985, p. 133-138).

⁶⁵⁷ G. BRONNER, *L'incertitude*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 1997, p. 8. Dans le même sens, Th. PIAZZON relève que les sociétés primitives reposent sur la magie et le respect des rites coutumiers pour dissiper l'irréductible incertitude qui entoure l'avenir (*La sécurité juridique*, op. cit., p. 45). Sur la notion de sécurité juridique dans ces sociétés, voy. N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, op. cit., p. 20-25.

mondes qui nous sont spontanément accessibles. Ce tournant s'illustre par la contemporanéité des grands philosophes grecs, des prophètes d'Israël, de Confucius et de Bouddha. La thèse de Gauchet consiste à considérer que ce « synchronisme mondial » est lié au « saut radical » de l'émergence de l'Etat, cette « domination institutionnalisée » qui opère une « réarticulation des communautés humaines selon la logique du pouvoir séparé », et à son intrication étroite avec le phénomène religieux. Selon le philosophe français, alors que les religions et les sociétés primitives connaissaient l'indivision politique et se contentaient de distinguer entre l'originel et l'actuel, les ancêtres et les vivants, la naissance de l'Etat résulterait de la distinction, au sein de la communauté, entre le petit nombre des dominants, qui sont du côté de la loi invisible, et la masse des dominés, qui ne sont plus uniquement assujettis aux anciens mais également aux représentants actuels du fondement surnaturel, composé de dieux qui ont non seulement « présidé à la mise en ordre du monde » mais sont encore « agissants et accessibles au présent ». Cette relation de domination intérieure tend rapidement à s'étendre, expliquant l'expansion de petites structures étatiques en empires qui aspirent à la domination universelle. A son tour, le religieux subit l'influence de cette évolution politique. Premièrement, le polythéisme convient peu à la volonté politique d'unification et d'universalisation. Deuxièmement, l'ordre religieux se voit investi d'une intentionnalité qui s'écarte des divinités objectives du polythéisme, qui se contentaient d'ordonner le monde : la « subjectivation du divin insinue peu à peu l'idée que l'ordre des choses répond à des intentions rattachables à un foyer cohérent ». Troisièmement, ce divin « concentré et intentionnalisé » est, contrairement aux dieux polythéistes qui font partie du monde, mis à distance. La séparation divine du monde terrestre se marquera le plus distinctement dans le christianisme, que Gauchet qualifie de « religion de la sortie de la religion » et qui finira par être adoptée comme religion officielle de l'empire romain. Selon lui, ces trois facteurs, incarnés notamment dans les monothéismes, rendent compte de ce premier tournant axial dans l'histoire occidentale⁶⁵⁸. Nous tenterons de démontrer que ce « désenchantement du monde⁶⁵⁹ » contribue à expliquer l'émergence, au XVII^e siècle, des logiques *cartésienne*, *fiduciaire* et *subjective* de la sécurité juridique.

⁶⁵⁸ M. GAUCHET, *La condition historique*, Entretiens avec Fr. Azouvi et S. Piron, Gallimard, 2005, p. 105-115.

⁶⁵⁹ M. Gauchet a emprunté cette expression à M. Weber pour parler de l'épuisement du règne de l'invisible (M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, *op. cit.*, p. 10).

CHAPITRE I

De l'Antiquité à la modernité : l'émergence des logiques

Nous devons donc envisager l'état présent de l'univers
comme l'effet de son état antérieur et comme la cause de
celui qui va suivre.

LAPLACE

163. — Les penseurs de l'Antiquité sont souvent crédités d'avoir posé les fondements de la pensée moderne. Si cette assertion n'est que partiellement exacte en ce qui concerne l'objet de notre étude, il faut néanmoins reconnaître qu'il est possible d'identifier dans les textes qui nous ont été transmis à travers les siècles, les ferments des logiques sous-jacentes au principe de sécurité juridique (section 1). Le chemin qui mène ensuite jusqu'à la modernité est long mais son examen se révèle indispensable, dès lors qu'il confirme la prééminence de la logique politique de la sécurité juridique et participe à mettre en place les conditions de possibilité de ses logiques cartésienne, fiduciaire et subjective (section 2), qui se concrétiseront à partir du XVII^e siècle (section 3).

Section 1. — L'Antiquité : retour aux sources

164. — J. Dewey impute l'origine de la quête de certitude qui a structuré toute la pensée occidentale à la séparation entre connaissance et pratique, opérée par les Grecs au détriment de la seconde. Alors que la première provient de l'activité rationnelle et permet l'éclosion de la science, qui s'occupe du certain, de l'Être, du monde des Idées de

Platon⁶⁶⁰, la pratique relève de l'ordre de l'incertain, du contingent et du probable⁶⁶¹. Aristote distingue ainsi les parties irrationnelle et rationnelle de l'âme et, au sein de cette dernière, une partie scientifique et une partie calculatrice ou délibérante. La raison scientifique procède par syllogisme ou induction et tend à poser, par la démonstration, les choses qui sont nécessairement ce qu'elles sont. Tel ne peut être l'objet de la raison « calculatrice », dont la vertu est la *phronèsis*, car « nul ne délibère sur les choses qui ne peuvent pas être autrement que ce qu'elles sont⁶⁶² ». Aristote pose trois principes méthodologiques pour acquérir la connaissance de la réalité : le principe d'identité ou de permanence des choses, qui permet d'interroger l'idée du changement, le principe du tiers exclu, qui distingue entre les discours justes et faux et le principe de causalité, qui présente le monde comme étant tissé de liens de cause à effet à identifier, et introduit déjà le principe du déterminisme⁶⁶³. Selon Kelsen, les sociétés primitives ne fonctionnaient pas

⁶⁶⁰ Selon Parménide, « l'être est [...] inengendré et impérissable, universel, unique, immobile et sans fin. Il n'a pas été et ne sera pas ; il est maintenant tout entier, un, continu [...] le non-être n'est pas, chemin de la certitude, qui accompagne la vérité » (fragment cité par P. TANNERY, *Pour l'histoire de la science hellène*, Félix Alcan, Paris, 1887, p. 244). A l'opposé, Carnéade estimait qu'on ne peut se fier qu'à du probable, du vraisemblable. Tout étant perception et toute perception étant subjective, on ne peut jamais avoir aucune certitude sur les événements futurs, tout demeure « *ακαταληπτον* », insaisissable. Il en résulte que la seule attitude sage est de suspendre le jugement (*Histoire de la philosophie*, I, vol. I, B. Parain (dir.), Gallimard, 1969, p. 614-617). On l'a vu, cette notion de suspension du jugement ou « *épochè* » est également professée par les sceptiques, qui refusent de donner leur « assentiment à un argument qui aujourd'hui nous paraît solide » (SEXTUS EMPIRICUS, *Hypotyposes*, I, 31-34 et 196, in J.-P. DUMONT, *Les sceptiques grecs*, op. cit., p. 12-13 et 47).

⁶⁶¹ Il reconnaît que la pratique scientifique a fini par passer au-dessus de cette division trop radicale (*The Quest for Certainty*, op. cit., p. 16-24).

⁶⁶² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, L. VI, trad. par R.A. Gauthier et J.Y. Jolif, 2^e éd., Publ. univ. de Louvain, 1970, p. 160-172 (1139a2-1141b2).

⁶⁶³ Selon B. JARROSSON, il faudra cependant attendre le dix-huitième siècle pour « poser explicitement qu'il n'est pas de science possible hors de l'hypothèse déterministe » (« Histoire des idées scientifiques », in *Histoire des idées*, J.-M. Besnier (dir.), Paris, Ellipses, 1996, p. 11). I. Prigogine observe pour sa part que la question du temps et du déterminisme « est au cœur de la pensée occidentale depuis l'origine de ce que nous appelons la rationalité et que nous situons à l'époque présocratique » (*La fin des certitudes. Temps, chaos et les lois de nature*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1998, p. 15 et 17). Comme l'indique Platon, « tout ce qui naît, nécessairement provient d'une cause ; car, sans cause, rien ne peut prendre naissance » (« Timée » in *Les dialogues de Platon*, trad. par E. Chauvet et A. Saisset, Charpentier, Paris, 1862, p. 179). La notion de causalité est ambiguë chez les penseurs grecs. Aristote l'aurait

selon le principe de causalité mais selon le principe d'imputation dès lors qu'à chaque événement, elles ne se demandaient pas ce qui l'avait causé mais à qui l'imputer. La science de la nature moderne est, poursuit-il, « le résultat d'une émancipation de l'interprétation sociale de la nature, c'est-à-dire de l'animisme », dont l'instrument a été le principe de causalité qui serait né du principe de rétribution (la conduite irrégulière est liée à une peine et la conduite régulière à une récompense) et de la transformation du principe d'imputation dans la philosophie grecque de la nature. Il relève qu'à l'origine, le même mot grec (*aitia*) désignait la cause et la faute : « La cause porte la faute de l'effet, elle est responsable de l'effet⁶⁶⁴ ».

165. — D'emblée, le droit présente une certaine ambiguïté dans son rapport à cette *summa divisio* entre l'abstraction théorique et le concret de la pratique. D'un côté, un statut presque sacré est accordé aux lois et à leur stabilité⁶⁶⁵. Dans un passage célèbre de sa *Harangue contre Timocrate*, Démosthène relate l'exemple des Locriens, qui risquaient de payer de leur vie la proposition d'une nouvelle loi ou d'une modification législative. Les citoyens de cette « république bien policée », explique l'homme d'Etat athénien, « sont tellement dans le principe qu'ils doivent se gouverner d'après les lois anciennes, maintenir les règlements de leurs pères, sans établir des lois au gré de chacun [...] qu'ils ont voulu qu'on ne portât chez eux de loi nouvelle, qu'ayant le cou passé dans une corde; de sorte que, si la loi est jugée utile, celui qui l'a proposée se retire avec la vie sauve sinon, il est étranglé sur-le-champ⁶⁶⁶ ». De façon moins radicale, à Athènes, l'adoption d'une nouvelle loi était subordonnée à la suppression d'une loi ancienne et le législateur soumettait les deux procédés aux mêmes conditions de temps et de réflexion. Celui qui proposait une nouvelle loi devait le

employée dans 48 sens différents et Platon 64 (H. CAIRNS, *The Theory of Legal science*, The University of North Carolina Press, 1941, p. 116 et les références citées).

⁶⁶⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 83-93. Cette notion a ensuite évolué vers l'idée de causalité comme relation nécessaire entre cause et effet, le caractère de nécessité étant « certainement une conséquence de l'idée qu'elle est la volonté d'une autorité absolue et toute puissante, et par suite transcendante, existant au-delà du domaine de l'expérience humaine, qui établit la connexion entre cause et effet » (*ibid.*, p. 93).

⁶⁶⁵ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 94.

⁶⁶⁶ DÉMOSTHÈNE, « Harangue contre Timocrate », in *Œuvres complètes*, trad. par M. l'abbé d'Augier, t. IV, Ed. Crapart, Paris, 1788, p. 470-471.

faire avec prudence car il risquait d'être poursuivi s'il négligeait certaine formalité requise ou si sa proposition pouvait être considérée comme offensant une valeur fondamentale⁶⁶⁷. Cette exigence de stabilité, voire de permanence des lois, évoque déjà la sécurité juridique mais en tant qu'elle permet de garantir l'intérêt de la cité avant celui des citoyens. Ces derniers ne sont évidemment pas privés de protection mais la démocratie grecque vise surtout à éviter tout risque d'arbitraire plutôt qu'à assurer la prévisibilité juridique. Platon proclamait que « là où le droit est soumis à une autre autorité et n'en a aucune en propre, l'effondrement de l'État, à mon avis, n'est pas loin, mais si le droit est le maître du gouvernement et le gouvernement est son esclave, la situation est très prometteuse et les hommes bénéficient de toutes les bénédictions que tous les dieux font pleuvoir sur la terre⁶⁶⁸ ». Bien avant l'État de droit, les auteurs grecs énoncent l'idée d'autorités agissant conformément à des règles préexistantes, et annoncent le principe de légalité⁶⁶⁹. Euripide insiste sur l'importance de lois écrites pour assurer l'égalité des citoyens :

Rien de plus funeste à l'État qu'un tyran : là d'abord l'autorité des lois n'est plus générale; lui seul dispose de la loi, et elle n'est plus égale pour tous. Mais les lois écrites donnent au faible et au puissant des droits égaux ; le dernier des citoyens ose répondre avec fierté au riche arrogant qui l'insulte ; et le petit, s'il a pour lui la justice, l'emporte sur le grand⁶⁷⁰.

166. — D'un autre côté, certains penseurs grecs sont conscients du fossé qui sépare les lois de leur application individuelle et concrète. Alors que Platon estime que les juges doivent suivre littéralement les lois écrites, Aristote affirme que la règle ne peut tout prévoir, ni rendre compte de ses applications et considère que la fonction de juger requiert la *phronesis*, qui est cette qualité de l'homme d'action lui permettant d'adapter ses décisions aux circonstances, sans perdre de vue les fins

⁶⁶⁷ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, O.U.P., 1992, p. 9-11.

⁶⁶⁸ Cité dans le rapport sur la prééminence du droit adopté par la Commission de Venise lors de sa 86^e session plénière, mars 2011, *CDL-AD(2011)003rev*, p. 3 (ci-après : « Rapport sur la prééminence du droit »).

⁶⁶⁹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 24-26 et les références citées.

⁶⁷⁰ EURIPIDE, « Les Suppliantes », in *Tragédies*, trad. par M. Artaud, Ed. Charpentier, Paris, 1842, p. 429.

poursuivies par la règle⁶⁷¹. Ces circonstances peuvent aller jusqu'à justifier une correction de la loi pour des raisons d'équité (« *épikie* » ou « *ἐπιείκεια* » en grec ancien) lorsque le législateur lui-même l'aurait rectifiée s'il avait eu connaissance du cas particulier⁶⁷². Cet intérêt pour le cas pratique vient de l'importance qu'Aristote accorde au juste (*dikaion*), qui est ce rapport ou partage qui revient à attribuer à chacun sa part : « Voilà ce qui est juste : le proportionnel⁶⁷³ ».

167. — Davantage aristotéliens que platoniciens, les juristes romains ont privilégié une science juridique centrée sur les cas pratiques et concrets plutôt que sur la formulation de grands principes et de grandes généralités⁶⁷⁴. La méthode des jurisconsultes classiques repose sur le recours aux textes du droit prétorien ou sénatorial, ainsi que sur l'usage de la casuistique et de la rhétorique⁶⁷⁵. Si la défiance du droit romain envers des règles abstraitement définies laisse une place, certes

⁶⁷¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, 2003, p. 74-76 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, L.G.D.J., coll. « Quid juris? », 2006, p. 45 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 41. La *phronêsis* est la sagesse pratique, parfois traduite par « prudence ». Sur la question, voy. P. RICEUR, « A la gloire de la phronêsis », in *La vérité pratique : Aristote, Ethique à Nicomaque, livre VI*, J.-Y. Châteauneuf (dir.), Vrin, Paris, 1997, p. 13-22. Selon Aristote : « La loi est toujours universelle. Or, sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux [...] la faute n'est pas inhérente à la loi ni au législateur, mais à la nature des choses [...] ; en certains cas, il est impossible de légiférer [...] ». L'indéterminé a en effet pour règle un outil lui aussi indéterminé, tout comme la construction à Lesbos a pour règle le plomb. D'après la forme de la pierre en effet, cette règle de plomb se modifie et ne reste pas identique » (*Ethique à Nicomaque*, L. V, trad. par R. Bodéüs, Flammarion, Paris, 2008, p. 92-94).

⁶⁷² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. par R. Bodéüs, *op. cit.*, L. V, p. 93-94 : « Chaque fois donc que la loi se prononce en termes généraux et que survient un cas qui, sur ce point, fait exception à la règle générale, il est alors normal, dans les limites du détail que laisse de côté le législateur [...] de corriger le défaut : c'est précisément le correctif que le législateur lui-même aurait apporté explicitement s'il avait été dans cette situation [...]. Et voilà ce qu'est la nature de l'équitable : un correctif de la loi dans les limites où elle est en défaut en raison de son universalité ».

⁶⁷³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, *op. cit.*, livre V, p. 51. Pour M. Villey, le « *Jus* » des Romains vise également à « *dire* les mesures des justes rapports » (« *Torah-Dikaion I* (Patristique et haut Moyen-Âge) », *op. cit.*, p. 19-20).

⁶⁷⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 49-52 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 96 et 101.

⁶⁷⁵ La rhétorique a sans doute été le premier terreau pour les arguments tirés par les plaideurs de l'ambiguïté du langage naturel afin d'établir l'équivocité du texte légal (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 58-65).

limitée, à l'équité⁶⁷⁶, les préoccupations propres à la sécurité juridique ne sont pas pour autant absentes du droit romain. Plusieurs auteurs relèvent le fait que l'important formalisme du droit privé romain, en droit des contrats notamment, se voulait porteur de sécurité juridique⁶⁷⁷. Si l'institution même des préteurs, magistrats dont le mandat d'un an et les connaissances juridiques parfois limitées ne paraît pas garantir la sécurité juridique à première vue, leur pratique a néanmoins consisté à reprendre la plus grande partie des décisions antérieures à leur entrée en charge, au point de constituer une véritable jurisprudence transmise de préteur à préteur⁶⁷⁸. Au II^e siècle après Jésus-Christ, le jurisconsulte Gaius rédige ses *Institutes*, qui contiennent un exposé très structuré et organisé du droit romain et qui a été qualifié de « premier type majeur de systématique juridique de l'histoire de la pensée juridique occidentale⁶⁷⁹ ». La contribution la plus significative à la cause de la sécurité juridique dans l'empire romain reste cependant la codification justinienne. Dans la première préface du *Digeste*, l'empereur constate

⁶⁷⁶ Sur la notion d'équité en droit romain, voy. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 105 ; B. JANSSENS, *Étude sur la notion d'epike ou d'aequitas et son évolution historique*, UCL, Louvain, 1925, p. 19-27 ; O. ECHAPPE, « L'équité en droit canonique », in *Justice et Équité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998, p. 7 ; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 54 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 135. Elle apparaît dans plusieurs des 211 *regulae* ou maximes du digeste de Justinien (Voy. notamment *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, trad. M. Hulot, Rondonneau, Paris, 1804, Livre 50, titre XVII, 85, § 2 ; 90 et 183). L'importance de l'*aequitas* va croître à l'époque byzantine, particulièrement à partir de Constantin où, dans un contexte toujours plus chrétien, une *correctio legis* qui relève de la modération, de la bénignité, de la miséricorde sera opposée aux rigueurs de la loi. Pour mémoire, Constantin convoque le premier concile œcuménique à Nicée en 325 (*Histoire de l'Europe*, J. Carpentier et F. Lebrun (dir.), Ed. du Seuil, Paris, 2002, p. 111-112).

⁶⁷⁷ N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, op. cit., p. 25 ; D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique... », op. cit., p. 96 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 95-98 ; B. TABBAH, « La trilogie : sécurité, justice et progrès social », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, Paris, 1961, p. 462 ; Fr. R. COUDERT, *Certainty and Justice ; Studies of the Conflict between Precedent and Progress in the Development of the Law*, Appleton & Cie, New York, 1913, p. 2.

⁶⁷⁸ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 54 ; G. HANARD, *Précis de droit romain*, t. I, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997, p. 52 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 69-72.

⁶⁷⁹ A. DUFOUR, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », in A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 481.

que « la suite des lois, depuis la fondation de Rome et les temps de Romulus, était dans une si grande confusion, que l'étude en était devenue infinie et au-dessus de la portée de l'intelligence humaine » et il demande donc à Tribonien, son questeur, de reprendre « tout le droit ancien observé depuis près de quatorze cents ans » en cinquante livres, recueil qui « formera comme un mur de clôture au delà duquel il n'y aura plus rien à chercher ». Dans sa seconde préface, adressée aux sénateurs, Justinien précise que les préfets « auront soin de les publier dans toute l'étendue de leurs préfectures, et d'en donner connaissance à ceux qui sont soumis à leur juridiction⁶⁸⁰ ». Si la volonté de compiler tout le droit applicable en un texte unique est de nature à assurer la sécurité juridique, l'impressionnante œuvre juridique accomplie au VI^e siècle, n'est certainement pas étrangère aux ambitions politiques de l'empereur byzantin⁶⁸¹. Ainsi que l'observe M. Weber, il existe généralement « un intérêt politique très puissant à la «sécurité juridique» créée par les codifications », celles-ci suivant « de très près la création de nouvelles entités politiques⁶⁸² ».

168. — Ces différents éléments évoquent essentiellement la logique politique de la sécurité juridique, dans laquelle les exigences de cette dernière servent le pouvoir en place, ou l'intérêt de la cité, plutôt que les sujets de droit. A titre d'exception, on peut évoquer cette légende relative au scribe Gnaeus Flavius, qui offre une illustration anticipée, quoiqu'isolée, de la logique subjective du principe de sécurité juridique. La plèbe s'étant plainte d'ignorer les coutumes en vigueur et d'être victime des magistrats patriciens, elle obtint la publication de la loi des XII

⁶⁸⁰ JUSTINIEN, « Première préface sur la composition du digeste adressée à Tribonien », in *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., Livre 50, § 1, 8 et 24.

⁶⁸¹ A titre d'exemple, on peut citer la célèbre phrase d'Ulpien, « *Princeps legibus solutus est* » ou « Le prince est affranchi du joug des lois » (*Les cinquante livres du digeste*, op. cit., Livre I, titre III, § 31).

⁶⁸² M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2007, p. 198. Selon le sociologue, « La restauration de la sécurité juridique interne dans l'intérêt d'un fonctionnement précis de l'appareil administratif ainsi que le besoin de prestige de la part du monarque (tout spécialement chez Justinien) motivent la compilation des lois au Bas-Empire et la codification justinienne » (*idem*). Sur les codes d'Hammourabi (–2000), de Ur-Nammu (–2080) et de Eshuna (–2250), voy. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 382 ; N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, op. cit., p. 22 ; M. WEBER, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 198-199.

tables mais pas des formules procédurales pour agir en justice. Gnaeus Flavius se serait procuré le recueil de ces formules et les aurait publiées pour permettre au peuple d'y avoir accès⁶⁸³. Il est également intéressant de constater que, dès le I^{er} siècle avant Jésus-Christ, le philosophe et poète Lucrèce utilise le terme de « *Foedera* » (traité) pour parler de l'association des hommes qui vivaient auparavant solitaires mais qu'un instinct pour l'amitié a rassemblé, évoquant déjà les débats ultérieurs sur le contrat social⁶⁸⁴. Après avoir décrit l'horreur de l'état de nature dans lequel se trouvaient les hommes, il poursuit en évoquant l'amitié qui « put naître, entre deux champs voisins dont un contrat sacré garantit les confins » et que, si cet accord « n'allait pas sans trouble et sans querelles ; [...] la plupart, les bons, ont dû rester fidèles au pacte de salut », avant de conclure : « Nulle paix, nul repos pour ceux dont les forfaits rompent le pacte saint de la commune paix⁶⁸⁵ ». Dans un style moins poétique et plus explicite, Cicéron annonce le caractère contractuel de la société :

Eh bien ! dit Scipion, la chose publique est la chose du peuple ; un peuple n'est pas toute aggrégation d'hommes formée de quelque manière que ce soit ; mais seulement une réunion cimentée par un pacte de justice et une communauté d'intérêts. La première cause pour se réunir est moins dans la faiblesse de l'homme que dans l'esprit d'association qui lui est naturel. Car l'espèce humaine n'est pas une race d'individus isolés, errants, solitaires ; elle naît avec une disposition qui, même dans l'abondance de toutes choses et sans besoin de secours, lui rend nécessaire la société des hommes⁶⁸⁶.

Selon Cicéron, il y aurait injustice à s'écarter des lois qui ont été inventées « pour le salut des citoyens, la conservation des cités, le repos

⁶⁸³ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005, p. 223-224 ; J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism », *Virginia L. Rev.*, 1987, p. 412. A l'inverse, l'empereur romain Caligula postait les lois dans un endroit public, dans le respect de la tradition mais si haut et en si petits caractères que personne ne pouvait les lire (L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd., Yale University Press, New Haven and London, 1969, p. 93).

⁶⁸⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 64. Pour des premières allusions au contrat social chez les Grecs, voy. les références citées par l'auteur (p. 14-17).

⁶⁸⁵ LUCRÈCE, *De la nature des choses*, trad. par A. Lefèvre, Société d'éd. littéraires, Paris, 1899, p. 225 et 230.

⁶⁸⁶ CICÉRON, *De la République*, trad. par M. Villemain, Ed. Michaud, Paris, 1823, Livre, I, XXV, 39.

et le bonheur de tous⁶⁸⁷ » et la rétroactivité doit être proscrite, « si ce n'est pour des actes si criminels et si odieux, qu'en l'absence même de toute loi on doit s'en abstenir⁶⁸⁸ ». Quelques années plus tard, dans un traité écrit pour Néron, Sénèque précise que la meilleure sécurité du prince ne consiste pas en une protection armée mais résulte de celle qu'il accorde à ses sujets. Selon lui, par « la sécurité qu'on donne on achète la sécurité » et il « n'est pas besoin de bâtir de hautes forteresses, de munir de retranchements des collines escarpées, de tailler à pic les flancs des montagnes, de se hérissier de murailles et de tours : un roi sans gardes est protégé par sa clémence⁶⁸⁹ ». La lecture combinée de Lucrèce, de Cicéron et de Sénèque suscite déjà l'idée d'un contrat entre les hommes et d'une relation de confiance mutuelle entre les citoyens et le prince, prélude nécessaire à l'émergence, des siècles plus tard, de la logique fiduciaire de la sécurité juridique.

Section 2. — Du Moyen-Âge chrétien à la modernité : entre ombre et lumière

169. — La période qui court du début du Moyen-Âge aux temps modernes est rarement abordée par les auteurs qui étudient la sécurité juridique. Cette omission, cohérente à l'aune d'une approche nominaliste, est regrettable si on cherche à nourrir une compréhension approfondie du principe. Plusieurs éléments interviennent en effet qui vont avoir un impact déterminant sur son évolution, au rang desquels figurent l'influence de la christianisation (A), l'éclosion du droit subjectif, la Renaissance et la Réforme. Par ailleurs, les initiatives juridiques des rois de France témoignent du quasi-monopole, à cette époque, de la logique politique de la sécurité juridique, malgré les prémices médiévales des théories du contrat social (B).

⁶⁸⁷ CICÉRON, *Des Lois*, trad. par J.-C. Le Clerc, Ed. Lefebvre, Paris, 1821, t. XXVII, Livre II, V, 11. L'objet de la cité est que « chacun jouisse de son bien librement et avec sécurité » (*ibid.*, t. XXVII, Livre II, XXII, 39).

⁶⁸⁸ CICÉRON, « Seconde action contre Verres », in *Œuvres complètes de Cicéron*, trad. en français publiée sous la direction de M. Nisard, t. II, Firmin Didot Frères, Paris, 1840, p. 136.

⁶⁸⁹ SÉNÈQUE, « De la clémence », in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, *op. cit.*, t. I, p. 300, I, 19, 5.

A. La christianisation et la germanisation (V^e-XI^e siècles)

170. — Après le renversement de l'Empire romain d'Occident par les peuples germains, le développement de la chrétienté constitue un des phénomènes majeurs de l'histoire de la pensée occidentale et, plus particulièrement, de la pensée juridique. A l'époque, l'Europe assiste à de grands mouvements de population pendant cinq siècles, suite notamment aux invasions des Germains, des Slaves, des Arabes, des Vikings et des Hongrois⁶⁹⁰. Durant cette période, le monde intellectuel est essentiellement dominé par l'Église chrétienne qui, certes, aidera le droit naturel à traverser le Moyen-Âge mais veillera surtout à faire de la Bible le principal texte juridique⁶⁹¹. Saint Augustin évoque ainsi une nouvelle source transcendante de justice : la justice « véritable », qui ne « se trouve que dans la foi du Christ⁶⁹² ». A côté de la Cité de Dieu, le penseur chrétien distingue la cité des hommes dont les lois, mêmes imparfaites et injustes, doivent être obéies. A défaut de pouvoir les fonder sur la justice, elles peuvent être justifiées par un besoin d'ordre public et de sécurité. Augustin initie de la sorte une doctrine de la verticalité transcendante, où les commandements viennent d'en haut et sont d'origine divine ou humaine⁶⁹³. Selon M. Villey, les théologiens du Moyen-Âge, qui ont eu le monopole du savoir pendant plusieurs siècles, ont créé une confusion entre la loi religieuse et morale (*nomos* ou *lex*) et le droit comme juste rapport (*dikaion* ou *jus*), au profit de la première⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ Sur cette période, voy. *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 123-127.

⁶⁹¹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 102-104 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 115. D'emblée, Paul annonce, dans sa seconde épître aux Corinthiens, la première maxime d'interprétation : « [Dieu] nous a rendus capables d'être ministres d'une alliance nouvelle, non de la lettre, mais de l'Esprit : car la lettre tue, mais l'Esprit vivifie » (II Cor., 3:6).

⁶⁹² AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. par MM. Péronne, Ecalte, Vincent, Charpentier, Ed. Louis Vivès, Paris, 1870, Livre XXI, chap. 16, p. 29. Pour la majorité des hommes c'est « la simplicité de la foi qui leur donne une complète sécurité » (« Le livre contre l'épître de Manès intitulée du fondement », in *Les Œuvres complètes*, op. cit., chapitre IV, p. 433).

⁶⁹³ Il est possible d'y voir les racines du positivisme juridique moderne qui, quatorze siècles plus tard, laïciserait la notion de commandements qui viennent d'en haut et auquel il convient d'obéir (A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 72-74 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 114 et 120).

⁶⁹⁴ M. VILLEY, « Torah-Dikaion I (Patristique et Haut Moyen-Âge) », op. cit., p. 19-31.

L'importance de ce phénomène ne doit pas être sous-estimée. Après avoir été mis au service de l'impérialisme politique romain, le monothéisme chrétien devient en effet la référence spirituelle et juridique ultime⁶⁹⁵. Le premier pourvoyeur de certitude n'est plus, comme chez certains penseurs grecs, la nature, immuable, immanente, objective et déterminée mais Dieu, entité subjective, douée d'intention et transcendante, qui a accordé la liberté aux hommes tout en leur imposant ses divins commandements.

171. — Les autres grandes transformations sont d'ordre économique et social. Depuis le V^e siècle, en effet, la dépression démographique et la décadence urbaine ont entraîné une importante ruralisation de la société, marquant un temps d'arrêt significatif dans les échanges économiques. Dans cette société cloisonnée, le pouvoir se concentre entre les mains de petits seigneurs, suffisamment puissants pour forcer les rois à leur accorder un certain nombre de bénéfices dans le cadre de la vassalité. Dans un Occident coupé de Constantinople depuis le VII^e siècle, suite notamment aux invasions slaves et arabes, une première tentative d'unification des expériences germaniques, romaines et chrétiennes peut être imputée à la dynastie des carolingiens, plus précisément à Pépin le Bref et à son fils Charlemagne⁶⁹⁶. Dès 843, cependant, le traité de Verdun, qui divise à nouveau l'Europe, est signé entre Lothaire I^{er}, Charles II le Chauve et Louis le Germanique. En 851, ceux-ci se retrouvent à Mersenne et s'engagent envers leurs sujets à ne condamner, ne déshonorer, ni n'opprimer personne contre le droit et la justice⁶⁹⁷, engagement qui continuera à s'exprimer dans les serments royaux. A la fin du II^e siècle, le moine Manegold de Lautenbach prend position sur le conflit entre le pape Grégoire VII et l'empereur german Henry IV, considérant que ce dernier ne devait son pouvoir qu'au pacte

⁶⁹⁵ Sur le plan politique, la papauté encourage l'idée impériale, qui sert ses intérêts et ses rivalités avec Constantinople, comme en atteste le couronnement de Charlemagne par Léon III (K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Ed. Thémis, 2008, p. 405).

⁶⁹⁶ Sur cette période, voy. *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 127-129.

⁶⁹⁷ Selon A.J. CARLYLE, il s'agit de la « première expression du principe médiéval de la primauté du droit et de la justice » qui sera ensuite « incarné dans le droit constitutionnel et l'organisation juridique du Moyen-Âge » (« Le bien commun, la justice et la sécurité juridique dans la conception médiévale du droit », in *Le but du droit : bien commun, justice, sécurité*. Travaux de la troisième session de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, t. 3, Sirey, Paris, 1938, p. 19 et 22 et les exemples cités).

conclu avec ses sujets et qu'en cas de rupture de ce pacte, ceux-ci étaient relevés de leur devoir d'allégeance⁶⁹⁸. Plusieurs siècles après Lucrèce, Cicéron et Sénèque, on retrouve un langage aux accents contractualistes. Il n'en demeure pas moins que l'échec du projet carolingien entraîne un monde éclaté où les textes de droit sont peu accessibles. P. Ourliac observe que la plupart des manuscrits ont disparu et que la justice se résume à des tentatives de conciliation et à des duels judiciaires : « Tandis qu'au siècle précédent, un texte de la loi des Wisigoths était toujours produit et exactement cité, après l'an mille nul ne connaît plus la loi⁶⁹⁹ ». La justice, de type « coutumière-traditionnelle », s'inscrit dans un contexte de sociétés rurales agricoles, « en deçà de la distinction entre faits et valeurs, causalité et normativité, comportements et règles ; ce qui est, doit être et ce qui doit être, arrive⁷⁰⁰ ». Globalement, cette période témoigne d'une confusion entre pouvoir et justice, le mot *justitia* désignant, dans les actes de l'époque, aussi bien le pouvoir de commander, que les redevances ou les amendes dues au seigneur⁷⁰¹.

172. — Les X^e et XI^e siècles marquent également la redécouverte, grâce à l'occupation arabe de la péninsule ibérique, d'une grande partie de l'héritage grec, notamment de l'œuvre d'Aristote, qui, aura effectué

⁶⁹⁸ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 97-99. Pour mémoire, Otton I^{er} reçoit la couronne impériale en 962 à Rome et fonde le Saint Empire romain germanique, qui se pose bientôt en défenseur de la Chrétienté latine, alors qu'au XI^e siècle intervient le schisme entre l'Église d'Orient et d'Occident. La période qui court du X^e au XIII^e siècle est une tension permanente entre théocratie et césaropapisme (sur la question, voy. *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 147-160). Selon Th. MÉNISSIER, « le serment royal qui s'est lentement affirmé du IX^e au XV^e siècle fondait littéralement l'assise des monarchies occidentales », et à partir du XI^e siècle, le serment rituel était devenu la partie la plus importante du sacre royal, le roi s'engageant à défendre l'Église et à assurer protection et sécurité à ses sujets (« Du serment au contrat dans la pensée des Monarchomaques », in *L'idée de contrat social. Genèse et crise d'un modèle philosophique*, J.-P. Cléro et Th. Ménissier (dir.), Ellipses, Paris, 2004, p. 16-17).

⁶⁹⁹ P. OURLIAC, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 9, 1989, p. 22 et 24.

⁷⁰⁰ F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 15 et 19.

⁷⁰¹ P. OURLIAC, « La puissance de juger... », op. cit., p. 26. Quelques siècles plus tard, Charles V (1364-1380) dira sur son lit de mort qu'en la couronne réside « le mystère de la justice », signifiant que, si d'autres peuvent avoir la « charge » de juger (*munus judicandi*) seul le roi en a le pouvoir (*ibid.*, p. 29).

une boucle dans le sens horloger tout autour de la Méditerranée à partir du VI^e siècle. Cette redécouverte s'accompagne d'un renouveau économique des villes du nord de l'Italie, notamment Bologne, et du nord de l'Europe⁷⁰². Pour M. Gauchet, le passage de l'an mil constitue une rupture décisive qui va déterminer la suite de l'histoire occidentale. A cette époque se réalise ce qui se trouvait en puissance depuis l'invention monothéiste, particulièrement chrétienne, à savoir le « passage de l'Un ontologique à la dualité ontologique », c'est-à-dire le partage des ordres de réalité entre monde visible et invisible, conçus comme étant en « extériorité ultime l'un par rapport à l'autre ». Ce tournant est le résultat des changements socio-économiques et civilisationnels de l'époque, qui indiquent une nouvelle façon pour les hommes d'inscrire leur action en ce monde. Pour la première fois de l'histoire, écrit-il, « ce bas monde devient un horizon par lui-même », marquant le début de l'autonomisation de l'homme par rapport aux cieux et la naissance de la notion de croissance matérielle. Cette évolution va entraîner une réforme profonde au sein de l'Église, la réforme grégorienne. Si l'émancipation du monde terrestre justifie sa position médiatrice, elle limite ses prétentions politiques. L'an mil annonce la renaissance européenne et, après une période relativement calme du point de vue de la sécurité juridique, ouvre la voie à son retour et au développement de ses exigences. Sa logique politique va s'épanouir à l'occasion du passage au premier plan des royaumes, entités plus limitées que les empires sur le plan territorial mais qui ambitionnent un pouvoir complet dans cette sphère limitée⁷⁰³. Les logiques subjective et cartésienne du principe n'apparaîtront que plus tard mais le réinvestissement de l'homme en ce monde poursuivra la mise en place des conditions de leur éclosion, en mettant au premier plan un sujet humain, animé par la volonté de maîtriser son environnement.

⁷⁰² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 140 et s. ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 82-83. Sur la période de croissance démographique et économique de l'Europe entre 1000 et 1300, voy. *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 153-163.

⁷⁰³ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 167-196. Il relativise ainsi l'impact de la réforme protestante sur le capitalisme et l'inscrit dans une dynamique globale de la chrétienté médiévale.

B. La renaissance de l'Europe (XII^e-XVI^e siècles)⁷⁰⁴

1. Mise en contexte

173. — Au XII^e siècle, les migrations germaniques touchent à leur fin et l'Europe connaît, enfin, une relative stabilité. Tant les gouvernements, plus solides et mieux organisés, que l'Église, plus disciplinée et autonome, développent une relation étroite avec la naissance de l'université européenne et encouragent le renouveau de l'enseignement du droit romain. Au début du siècle, un professeur de Bologne du nom d'Irnerius enseigne, au lieu des lois germaniques, le *Digeste* de Justinien, qui semblait avoir disparu depuis le VII^e siècle, et qui forme le *Corpus Iuris Civilis* avec les *Institutes*, inspirés de l'œuvre de Gaius, le *Codex* et les *Novellae*⁷⁰⁵. Si le droit chrétien médiéval d'Augustin pouvait suffire à des communautés rurales et à des groupes féodaux restreints, il est trop vague pour réguler le renouveau économique, et ne peut concurrencer la structure, la logique mais surtout la méthode, à la fois casuistique et dérivée de grands principes, du droit romain codifié par Justinien. En d'autres termes, le besoin d'un droit certain et sûr se fait de plus en plus sentir. La fragmentation juridique du Moyen-Âge, qui avait succédé à la centralisation romaine et fonctionnait vaille que vaille, se voit suppléer par les forces d'unification du droit romain, dans des proportions très différentes selon les pays, et du droit canonique, dont l'impact reste limité *ratione personae* et *materiae*⁷⁰⁶. Les XIV^e et XV^e siècles

⁷⁰⁴ Le terme est entendu ici dans un sens plus large que celui qui lui est traditionnellement attribué.

⁷⁰⁵ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 114-121. Selon B. LÉONI, le *Corpus* représente l'idéal de la certitude du droit écrit (*Freedom and the Law*, Van Nostrand, Toronto, 1961, p. 74). R. VAN CAENEGEM le qualifie de « bible légale » en raison de la vénération que lui accordèrent les glossateurs et relève que, bien qu'il soit devenu le socle du droit civil moderne, il n'avait à l'époque pas plus de valeur juridique « qu'en ont aujourd'hui les tablettes d'argile assyriennes rédigées en caractères cunéiformes » (*Le droit européen entre passé et futur*, trad. par B. De Dominicis, Dalloz, 2010, p. 31 et 65).

⁷⁰⁶ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 140 et s.; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 82-83. Ce succès du droit romain sera plus tardif en Allemagne et ne s'étendra pas au droit anglais, qui poursuivra son évolution comme droit germanique féodal, probablement plus proche du droit romain de la période classique que les systèmes de droit civil professés dans les écoles médiévales du continent (R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et*

sont ravagés par une épidémie de peste, qui emportera un tiers de la population européenne et traversés par la guerre de cent ans (1337-1453), qui oppose la France et l'Angleterre autour des prétentions du roi d'Angleterre au trône de France. Il faudra attendre la fin de ce long conflit pour assister à un retour de l'activité économique, notamment grâce au regain d'importance des villes, aux bénéfices retirés des grandes découvertes maritimes espagnoles et portugaises, ainsi qu'à un renforcement des royautes nationales qui, à l'exception de l'Italie et de l'Allemagne, s'acheminent progressivement vers l'État moderne⁷⁰⁷. Outre la poursuite de la renaissance artistique et intellectuelle, l'événement majeur du début du XVI^e siècle est l'œuvre réformatrice de Luther et Calvin. Selon Luther, le croyant n'a pas besoin de la tradition ni de l'Église pour comprendre la bible. En cas de doute, il faut recourir à l'interprétation systématique : « C'est le tout de l'Écriture sainte qui guide la compréhension de ses parties⁷⁰⁸ ». Le chrétien n'est tenu que par la loi du Christ, qui est informulée et dont le seul contenu est la foi. Si le monde n'était peuplé que de vrais chrétiens véritables, « point ne seraient nécessaires ni utiles les princes, rois, seigneurs, glaives et lois⁷⁰⁹ ». Cependant, étant donné le nombre important de pécheurs, Luther défend la nécessité, dans une visée purement instrumentale, des lois positives. Augustiniste, il accable la raison humaine, promet un culte de l'autorité et fait l'apologie de l'obéissance absolue à

futur, op. cit., p. 39-40, 51 et 91 ; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 179-181). En 1140, Gratien rassemble une masse de « règles » d'autorité ecclésiastique (*canones*) dans une œuvre intitulée *Concordantia discordantium canonum*, plus connue comme le décret de Gratien. A.L. VALEMBOSIS cite ce décret comme exemple pour affirmer, de façon fort péremptoire, que « la sécurité juridique a été théorisée au XII^e siècle, quand ont été élaborés les premiers principes de la dialectique » (*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p. 10).

⁷⁰⁷ *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 194-217. Pour mémoire, l'année 1453 est également celle de la fin de l'Empire romain d'Orient, avec la chute de Constantinople.

⁷⁰⁸ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Ed. du Seuil, Paris, 1996, p. 193.

⁷⁰⁹ M. LUTHER, « De l'autorité temporelle et dans quelle mesure on lui doit obéissance », in *Luther et l'autorité temporelle, 1521-1525*, trad. par J. Lefebvre, Aubier-Montaigne, Paris, 1973, p. 81.

l'autorité temporelle, d'origine divine, quel que soit le comportement des dirigeants⁷¹⁰.

174. — La Renaissance et la Réforme apparaissent dès lors comme les événements qui ont principalement entraîné l'apparition des deux facteurs dont sont issus le monde moderne, à savoir la sécularisation de la vie publique et l'émancipation de l'individu de l'autorité spirituelle. Si M. Gauchet relativise la théorie de M. Weber quant à l'influence de la Réforme sur l'essor capitaliste, il reconnaît que la crise de la médiation ecclésiale signe « l'entrée dans la modernité comprise comme révolution moderne », soutenant même que c'est du besoin de trouver une autre légitimation religieuse que va surgir la notion d'Etat moderne⁷¹¹. Le XVI^e siècle est en effet un nouveau monde culturel, dans lequel le clergé n'a plus le monopole des études, vu l'émergence d'une nouvelle classe sociale de bourgeois enrichis et de nobles libérés de leur tâche militaire, disponibles pour étoffer la pensée souvent monopolisée par les universitaires ecclésiastiques. On peut donc considérer, avec S. Toulmin, que la modernité aurait eu une première origine littéraire et humaniste au XVI^e siècle, avec Erasme, Montaigne, Rabelais et Shakespeare, qui aurait tendance à être éclipsée par la seconde, scientifique et philosophique, du siècle suivant. Pour les penseurs de la Renaissance, il fallait respecter toutes les possibilités rationnelles de l'expérience humaine et la rhétorique et la logique étaient des disciplines complémentaires⁷¹². Selon Montaigne, il convenait de développer d'abord une perspective riche sur le monde et les affaires humaines à partir de l'expérience et de ne construire qu'ensuite une théorie générale. S'il reconnaissait le mérite de la science, « ceux qui la méprisent » témoignant « assez leur bêtise », il n'estimait « pas pourtant sa valeur jusqu'à cette mesure extrême qu'aucuns lui attribuent⁷¹³ ». Nommé magistrat

⁷¹⁰ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 174; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 288-289 et 302-322; *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 221-223.

⁷¹¹ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 194-195 et 294.

⁷¹² S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 5-13 et 24-28.

⁷¹³ Des hommes de savoir que son père recevait, il écrit qu'il « les aime bien » mais « ne les adore pas » (M. DE MONTAIGNE, « Apologie de Raimond Sebond », in *Essais*, Ed. Périès frères, Paris, 1847, p. 276 et p. 299-300).

en 1554, il déplorait tant la multiplication des lois que la négation de l'interprétation juridictionnelle :

Pourtant, l'opinion de celui-là ne me plaît guère, qui pensait, par la multitude des lois, brider l'autorité des juges, en leur taillant leurs morceaux ; il ne sentait point qu'il y a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon. Nous voyons combien il se trompait ; car nous avons en France plus de lois que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure, et avons tant laissé à opiner et décider à nos juges qu'il ne fut jamais liberté si puissante et si licencieuse. Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers, et y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines ; la multiplication de nos inventions n'arrivera pas à la variation des exemples : ajoutez-y en cent fois autant ; il n'advient pas pourtant que, des événements à venir, il s'en trouve aucun qui, en tout ce grand nombre de milliers d'événements choisis et enregistrés, en rencontre un auquel il se puisse joindre et apparier si exactement qu'il n'y reste quelque circonstance et diversité qui requière diverse considération de jugement⁷¹⁴.

175. — Malgré la réserve du juriste et écrivain français à l'égard de la puissance de la raison, le monopole qui lui sera octroyée au siècle suivant s'amorce avec les travaux de Copernic et Kepler, qui rejettent les anciennes idées à propos de l'univers et qui s'appuient sur l'observation plutôt que sur l'autorité. A cheval sur les deux siècles, Fr. Bacon, considéré par certains comme le père de l'empirisme, estime qu'il ne faut pas s'intéresser aux causes finales mais plutôt tenter de connaître la nature afin d'accroître le pouvoir de maîtrise des hommes sur les choses. Dans son célèbre *Novum organum scientiarum* (1620), il propose une méthode expérimentale et privilégie l'induction à la déduction⁷¹⁵.

2. En droit

176. — Sur le plan juridique, trois débats sont pertinents du point de vue de l'évolution de la sécurité juridique, quoique de façon indirecte. Le premier oppose saint Thomas, qui promeut un ordre juridique immuable

⁷¹⁴ M. DE MONTAIGNE, « Chapitre XXXIX. De l'expérience », in *Essais*, op. cit., p. 470-471. Non sans ironie, il observait déjà qu'« il y a plus affaire à interpréter les interprétations qu'à interpréter les choses, et plus de livres sur les livres que sur tout autre sujet ; nous ne faisons que nous entregloser » (*ibid.*, p. 474).

⁷¹⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 160 et 498-499 ; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 206-207 et 381.

et harmonieux, imprégné de droit naturel, aux Franciscains comme Guillaume d'Occam qui conçoivent le droit comme un ensemble de commandements qui doit se penser à partir de l'individu (a). Le deuxième concerne les absolutistes, qui considèrent le droit comme étant au service du prince, et les tenants du pacte social, qui subordonnent les pouvoirs de ce dernier au consentement de ses sujets (b). Enfin, l'enjeu de l'équité et, surtout, l'évolution du droit naturel vers un droit rationnel occupent les penseurs du droit de l'époque (c).

a) Thomisme v. franciscanisme

177. — La référence intellectuelle majeure du XIII^e siècle est sans doute Thomas d'Aquin et son œuvre colossale, la *Somme Théologique*. Si un tel monument ne peut être résumé de façon succincte, il est possible de reprendre les éléments essentiels de sa théorie du droit avant d'envisager les questions propres à la sécurité juridique. Dans la droite ligne d'Aristote, il considère que « la nature de l'homme veut qu'il soit un animal social et politique, vivant en collectivité⁷¹⁶ ». Thomas opère une distinction entre la loi éternelle, qui est « la raison qui gouverne tout l'univers et qui existe dans l'intelligence divine », la loi naturelle, qui se trouve dans les hommes et qui constitue « une participation de la loi éternelle, d'après laquelle ils discernent le bien et le mal » et la loi positive, qui découle de la loi naturelle et que les hommes « ont établie pour soumettre à des applications particulières ce que la loi naturelle

⁷¹⁶ Th. D'AQUIN, *Du gouvernement royal*, trad. par Cl. Rouget et M. l'abbé Poupon, Livre I^{er}, chap. I. Saint Thomas amorce de la sorte une conception de l'Etat dont l'autonomie par rapport à l'Eglise est basée sur la nature, qui sera reprise et développée par Dante, Jean de Paris et Marsile de Padoue. Ce dernier proposa la version la plus radicale de l'autonomie étatique dès lors que, dans son *Defensor Pacis* publié en 1324, il défendit l'idée de sphères totalement différentes pour le gouvernement temporel et l'autorité spirituelle, et même la subordination de l'Eglise à l'Etat dans les affaires temporelles. Non content de ces propos, qui lui valurent d'être forcé à fuir vers Paris et condamné comme hérétique par deux papes, il affirma également que le souverain était le peuple et que son dirigeant pouvait être déposé le cas échéant (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 126-131 ; P. PRADIER-FODÉRÉ, « Essai biographique et historique sur Grotius et son temps », in H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Ed. Guillaumin et Cie, Paris, 1867, p. LII). Saint Thomas se montre plus prudent sur la soumission du prince à la loi, car s'il doit la suivre « volontairement et sans contrainte », il « est néanmoins au-dessus de la loi dans le sens que, s'il le faut, il peut la changer et en dispenser selon les temps et les lieux » (*Somme Théologique*, t. III, trad. par M. l'abbé Drioux, Ed. Eugène Belin, Paris, 1852, Ia-IIa q. 96, art. V).

renferme⁷¹⁷ ». Dès lors que le droit naturel n'énonce pas des règles certaines, ces lois positives s'avèrent indispensables et elles doivent être publiées, claires et générales. Il estime ainsi que « la loi étant établie comme une règle que l'on doit appliquer à ceux auxquels elle est imposée, il faut, pour qu'elle soit obligatoire, qu'elle ait été promulguée et qu'elle soit arrivée à la connaissance de ceux qui y sont soumis ». Cette obligation semble davantage imposée dans l'intérêt de l'efficacité de la loi que dans celui des hommes : « Pour que la loi soit obligatoire, ce qui est son caractère propre, il faut qu'on l'applique aux hommes qui doivent se régler sur elle », application qui « se fait par là même qu'elle arrive à leur connaissance par suite de sa promulgation » et qui rend donc cette promulgation « nécessaire pour que la loi soit en vigueur⁷¹⁸ ». Toute loi humaine doit également être nécessaire, utile et claire : « Ainsi le mot nécessaire se rapporte au mal que l'on doit éviter, le mot utile au bien qu'il faut faire, et le mot claire a pour but de faire éviter les fautes qui pourraient provenir de la loi elle-même ». En outre, les lois iniques n'obligent pas « au for de la conscience, sinon pour éviter le scandale ou le désordre ». Enfin, Thomas reconnaît que la loi régissant les comportements humains, elle doit parfois être adaptée « parce qu'on perfectionne ce qui était imparfait selon les conditions diverses des hommes et des temps » mais « le changement de la loi étant ordinairement nuisible au *bien général*, on ne doit pas toujours changer la loi quand quelque chose de mieux se présente, à moins que ce ne soit *évidemment nécessaire ou tout à fait utile à l'État* ». En effet, en modifiant la loi, « on affaiblit sa force, parce qu'on détruit une coutume » et donc « on ne doit jamais changer la loi, si d'un autre côté il n'y a pas un avantage qui fasse compensation aux inconvénients qui résultent du changement lui-même⁷¹⁹ ». Selon lui, il est préférable que « tout soit réglé par une loi que de laisser tout à l'arbitrage des juges » dès lors qu'il est plus aisé de trouver « quelques hommes sages, capables de faire de bonnes lois, que d'en trouver autant qu'il en faudrait pour bien juger chaque affaire

⁷¹⁷ Th. D'AQUIN, *Somme Théologique*, op. cit., Ia-IIa, q. 91, art. I-III ; q. 95, art. II et q. 97, art. III.

⁷¹⁸ Th. D'AQUIN, *Somme Théologique*, op. cit., Ia-IIa, q. 90, art. IV. Il écrit encore : « Il a été nécessaire pour la *paix et la tranquillité du genre humain* que les hommes fissent des lois pour détourner les méchants du mal, par la crainte des châtements et pour qu'ils puissent faire le bien » (Ia-IIa q. 95, art. I, nous soulignons).

⁷¹⁹ *Somme théologique*, op. cit., Ia-IIa, q. 95, art. III ; q. 96, art. I et IV ; q. 97, art. I et II (nous soulignons).

en particulier » et que le législateur a non seulement plus de temps que le juge pour décider ce que la loi doit prescrire mais également, *a priori*, plus d'impartialité puisqu'il décide sur des faits à venir. Par conséquent, il « est nécessaire qu'on juge toujours selon la lettre de la loi » et que « le jugement soit conforme aux lois écrites ». Thomas ne défend pas pour autant une interprétation exclusivement littérale de la loi. Il ne faut « pas soumettre les choses aux mots, mais plutôt les mots aux choses » et donc « on doit plutôt faire attention aux motifs qui ont fait agir le législateur qu'aux paroles mêmes de la loi ». Citant Aristote, il reconnaît « qu'il y a des choses particulières que la loi ne peut pas embrasser et qu'il est nécessaire d'abandonner à l'appréciation des juges » car « aucun homme n'est assez sage pour pouvoir penser à tous les cas en particulier ». Aussi, lorsque les lois positives qui sont justes en soi s'écartent « de l'équité dans certaines circonstances, au point que si on les suivait, on irait contre le droit naturel [...] on ne doit pas juger selon la lettre de la loi, mais on doit revenir à l'équité que le législateur avait en vue⁷²⁰ ». L'équité, qui s'était faite pour le moins discrète sur la scène juridique du Haut Moyen-Âge, fait ainsi un retour en force chez Thomas d'Aquin⁷²¹, qui réussit une synthèse entre le droit naturel comme produit de la raison et la doctrine chrétienne. Sur le plan de la sécurité juridique, on constate que le « Docteur angélique » aborde la plupart des exigences qui lui sont toujours associées huit cents ans plus tard (lois doivent être publiées, connues de leurs destinataires et stables dans le temps). Malgré des premiers éléments de logique subjective, Thomas semble avant tout privilégier l'intérêt de l'ordre harmonieux de l'Etat censé refléter la perfection de l'ordre divin.

178. — Pour les franciscains du XIV^e siècle, l'idée d'une conception harmonieuse de la nature comme ordre immuable constitue une limite inacceptable à la toute-puissance divine. A la conception thomiste du monde, inspirée des philosophes grecs et faite de généralités qui peuvent être appréhendées par la raison, Duns Scot oppose un monde d'individus, soumis à la volonté divine de Dieu, absolue et insondable,

⁷²⁰ *Ibidem*, Ia-IIa, q. 95, art. I et q. 96, art. I et IIa-IIae et VI; IIa-IIae, q. 60, art. V. « Dans ces circonstances le législateur jugerait lui-même autrement, et s'il eût prévu le cas, il l'aurait déterminé dans sa loi » (*idem*).

⁷²¹ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 93; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 135. Sur la présence de l'équité entre les IX^e et XIII^e siècles, voy. B. JANSSENS, *Étude sur la notion d'epikie*, *op. cit.*, p. 29-39; O. ECHAPPE, « L'équité en droit canonique », *op. cit.*, p. 10.

dans lequel le droit est ramené à la loi, qui n'est qu'un ensemble de commandements individuels⁷²². Guillaume d'Occam s'inscrit dans les pas du franciscain écossais et, au cœur de la querelle des universaux, défend la position du nominalisme contre celle du réalisme⁷²³. Dans une société dont les besoins juridiques se sont considérablement accrus, le droit positif prend chez lui une place fondamentale. Il ne s'agit pas du droit d'Aristote et des Romains conçu en termes de rapports entre les individus mais de lois qui se définissent à partir de l'individu, qui devient ainsi la source première du droit. Qu'Occam ait ou non inventé la catégorie du droit subjectif⁷²⁴, il n'est pas contesté qu'il a inscrit ce concept au centre de sa théorie du droit et, plus largement, du débat juridique. Cette conception subjectiviste n'est du reste, que le produit de son temps, soit un contexte où la morale chrétienne réserve une place de choix à la liberté de l'homme⁷²⁵. Celui-ci, absolument libre à l'image de Dieu, doit pouvoir être jugé responsable du mal dont il est l'auteur. Il doit aussi pouvoir choisir son appartenance à la cité, qui ne peut être conçue comme un statut originel, ce qui ouvre le champ à la figure du contrat social⁷²⁶. Il est possible de voir dans les positions de Duns Scot et Occam, plus encore que chez Augustin, les racines du positivisme qui, une fois débarrassé de l'autorité divine, allait rencontrer un important

⁷²² A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 100-102; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 142-145; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 162-163 et 207-210; B. FRYDMAN, *Le sens des lois* op. cit., p. 202.

⁷²³ En bref, les réalistes considèrent que les universaux sont des entités réelles alors que, pour les nominalistes, seuls les individus existent et les notions générales constituent simplement des étiquettes créées par les hommes pour appréhender le monde. Le terme « nominalisme » n'apparaîtra que deux siècles plus tard (A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 103).

⁷²⁴ M. VILLEY situe la naissance du droit subjectif chez Occam, qu'il définit comme « contreseing juridique » à « une faculté du sujet, à l'un de ses *pouvoirs* », là où le *jus* romain ne consistait pas en un pouvoir dont l'individu était titulaire mais en une obligation, un rapport existant entre débiteur et créancier, le mot signifiant alors la « part juste » et non la « puissance du sujet » (*La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 240-247).

⁷²⁵ J. CARBONNIER identifie des processus de subjectivation du droit déjà chez les sociétés primitives (*Flexible droit*, 10^e éd., op. cit., p. 195).

⁷²⁶ Et ce, contrairement à la conception grecque et thomiste du caractère naturel du lien socio-politique (G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 197).

succès auprès des juristes dès le XVII^e siècle⁷²⁷. Tant la consécration du droit subjectif que le positivisme auront un impact significatif sur la notion de sécurité juridique, encore que dans des sens différents. Si le second tendra à renforcer la logique politique du principe, le premier permettra la concrétisation de sa logique subjective.

b) Absolutisme v. pacte social

179. — Malgré l'influence du controversé *princeps legibus solutus* du *Digeste*⁷²⁸, l'idée germanique selon laquelle le roi ne règne que dans les limites des lois héritées de son peuple subsiste, même s'il s'agit essentiellement d'une obligation morale. Par la suite, cette question des prérogatives royales trouvera des réponses très différentes selon les pays. En 1215, le roi Jean Sans Terre concède à la noblesse anglaise la célèbre *Magna Carta*, dont l'article 39 prévoit qu'« Aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou lésé de quelque manière que ce soit, [...] sans un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays ». L'article 40 contient l'engagement du roi de ne vendre, refuser ou différer « le droit d'obtenir justice à personne »⁷²⁹. Une telle clause n'était du reste pas propre à l'Angleterre mais exprimait un principe commun à la plupart des pays européens⁷³⁰. Si certains y voient les prémices d'une théorie du *Rechtsstaat* ou de la *Rule of law*, il paraît acquis que l'idée d'une subordination juridique des dirigeants aux droits de leur pays trouve

⁷²⁷ J.-M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 145. A. Papaux souligne également l'influence du nominalisme sur deux grandes écoles allemandes de pensée juridique : l'École jusnaturaliste et l'École historique, qui mèneront toutes deux à la codification (*Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 111).

⁷²⁸ Voy. *supra*, note 678. Sur l'ambiguïté du principe *princeps legibus solutus* et sa réception par les civilistes de l'époque, voy. A.J. CARLYLE, « Le bien commun, la justice et la sécurité juridique... », op. cit., p. 25.

⁷²⁹ Selon T. Koopmans, le déni de justice est plus ou moins devenu un péché depuis ce texte (T. KOOPMANS, « Judicial-Decision making », in *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton Publishing, 1996, p. 97).

⁷³⁰ A.J. CARLYLE, « Le bien commun, la justice et la sécurité juridique... », op. cit., p. 19-23 et les réf. citées.

des défenseurs parmi les juristes de l'époque⁷³¹, annonçant à tout le moins l'émergence du principe moderne de légalité⁷³².

180. — Alors qu'en Angleterre, le droit vient limiter le pouvoir des souverains, les rois de France utilisent l'unification et la mise par écrit du droit pour asseoir le leur, dans la plus parfaite illustration de la logique politique de la sécurité juridique⁷³³. Philippe II institue ainsi, sur tout son royaume, des baillis qui administrent et jugent en son nom, et à partir desquels il peut être fait appel à la cour du roi, qui devient ainsi le centre du gouvernement et de la justice. Cette centralisation du pouvoir est facilitée par le recours au droit savant des canonistes puis au droit romain, adopté et adapté par les romanistes français⁷³⁴. Son petit-fils, Louis IX, qui fut connu sous le nom de Saint Louis et développa la célèbre « justice royale », souhaitait sécuriser et simplifier le droit dans un objectif d'unification et appela de ses vœux le premier mouvement de mise par écrit des coutumes⁷³⁵. A la fin du siècle, son petit-fils, Philippe IV le Bel, employait ses légistes, qui connaissaient bien les *leges* romaines, pour appuyer sa quête de souveraineté dans le royaume⁷³⁶. L'évolution est frappante : il ne s'agit plus seulement pour le roi de France de contraindre mais de diriger, c'est-à-dire « projeter son action dans le temps »⁷³⁷.

Au lendemain de la guerre de cent ans, la France est dans une situation difficile et Charles VII souhaite reprendre en main son administration. En 1454, il adopte l'ordonnance de Montils-les-Tours qui

⁷³¹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 131. Selon cet auteur, il serait futile d'essayer d'identifier dans cette période une formule plus élaborée de la *rule of law* (ibid., p. 99-101).

⁷³² Sur ce principe, voy. *infra*, n^{os} 472-476.

⁷³³ Cette logique politique est confirmée par l'abrogation par les rois de France, dès le XI^e siècle, de ce qu'ils jugent être des « mauvaises coutumes » (R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'Etat*, 2^e éd., Ed. de l'ULB, Bruxelles, 2002, p. 226-228). Voy. cependant, sur un plan local, les chartes concédées par les seigneurs et qui limitent leur pouvoir arbitraire (ibid., p. 137-138). Il semble même que, dans plusieurs villes européennes, les règles applicables devaient être publiées et connues à l'avance des citoyens (H. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, p. 396-397).

⁷³⁴ P. OURLIAC, « La puissance de juger... », op. cit., p. 27-28.

⁷³⁵ A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 148^e année, n^o 4, 2004, p. 1555.

⁷³⁶ R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur*, op. cit., p. 84.

⁷³⁷ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme*, op. cit., p. 404.

impose la rédaction de toutes les coutumes, afin d'éviter que « les parties prennent coutumes contraires en un même pays », que les procès s'en trouvent abrégés et que les magistrats jugent « mieux et plus certainement⁷³⁸ ». Cette volonté d'unification du droit sera poursuivie au siècle suivant. Le 15 août 1539, au château de Villers-Cotterêts en Picardie, le roi François I^{er} signe une ordonnance par laquelle il impose le français comme langue juridico-administrative, alors que la justice était encore rendue en latin. L'article 110 disposait que « les arretz soient clers et entendibles » et « afin qu'il n'y ayt cause dedoubter sur l'intelligence desdictz arretz, Nous voulons et ordonnons qu'ilz soient faitz et escriptz si clèrement qu'il n'y puisse avoir aulcune ambiguite ou incertitude, ne lieu a en demander interpretacion ». L'article 111 stipulait en outre que tous les actes officiels soient rédigés « en langage maternel francoys et non aultrement ». Si les termes utilisés renvoient clairement à des exigences de sécurité juridique, l'objectif premier de François I^{er}, considéré par certains comme le fondateur de la monarchie absolue, est avant tout politique⁷³⁹. Il poursuit en cela le projet d'unification du droit entamé par ses prédécesseurs, qui entraînera la mise en chantier, lors de la seconde moitié du XVI^e siècle et sous l'impulsion du juriste Charles Dumoulin, de la politique de réformation et de codification des coutumes de l'ensemble du royaume⁷⁴⁰.

A la même époque, des Huguenots français, appelés « Monarchomaques », dénoncent la politique de Charles IX, petit-fils de François I^{er}, et de sa mère Catherine de Médicis et développent l'idée d'une double alliance : entre le roi, le peuple et Dieu, d'une part, et entre le peuple et le roi, d'autre part. Ils blâment N. Machiavel pour « sa

⁷³⁸ A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *op. cit.*, p. 1556.

⁷³⁹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 162 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 98. Plus critique, DERRIDA observe que « dans de nombreux pays, dans le passé et aujourd'hui encore, une des violences fondatrices de la loi ou de l'imposition du droit étatique a consisté à imposer une langue à des minorités nationales ou ethniques regroupées par l'État. » Et de citer l'ordonnance de Villers-Cotteret qui « a consolidé l'unité de l'Etat monarchique en imposant le français comme langue juridico-administrative et en interdisant que le latin, langue du droit ou de l'Église, permit à tous les habitants du royaume de se laisser représenter dans une langue commune, par un avocat interprète, sans se laisser imposer cette langue particulière qu'était encore le français » (*Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, Paris, 2005, p. 47).

⁷⁴⁰ A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *op. cit.*, p. 1555 et 1560.

légitimation politique du parjure⁷⁴¹ ». Le philosophe florentin, en effet, rejette le respect de la parole donnée qui, sous la forme notamment du serment, constituait pourtant un important vecteur d'intégration politique. Selon lui, « un prince bien avisé ne doit point accomplir sa promesse lorsque cet accomplissement lui serait nuisible, et que les raisons qui l'ont déterminé à promettre n'existent plus⁷⁴² ». Cependant, c'est surtout J. Bodin, prophète de l'absolutisme et père de la souveraineté, qui s'opposera formellement à toute soumission du Prince au consentement du peuple. Pour Machiavel, le Prince « n'est point sujet à ses lois, ni aux lois de ses prédécesseurs » et la première marque de la souveraineté, « c'est la puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier ; mais ce n'est pas assez, car il faut ajouter, sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi⁷⁴³ ». On s'en doute, seule une logique politique de la sécurité juridique peut être défendue par Bodin, aux antipodes de sa logique subjective⁷⁴⁴. En revanche, les prémices d'une logique cartésienne du principe peuvent être identifiées dans sa volonté de systématiser le droit. Dans son *Exposé du droit universel*, publié en 1580, il regrette que le droit ne se « trouve dans aucun exposé scientifique » et annonce son souhait

⁷⁴¹ Th. MENISSIER, « Du serment au contrat dans la pensée des Monarchomaques », *op. cit.*, p. 17-32. L'auteur y voit la « première apparition théorique » du contrat social, même si le serment est également source de blocage dès lors que l'engagement interindividuel se fait « sous le sceau d'une transcendance qui anéantit la possibilité d'une maîtrise humaine ». Selon lui, Hobbes et Rousseau « en adossant le pacte à la force des volontés conjointes, ont tenté de *séculariser la transcendance de la souveraineté* » (*ibid.*, p. 29).

⁷⁴² N. MACHIAVEL, *Le Prince*, Union générale d'Éditions, Paris, 1962, p. 70. A.J. CARLYLE relève paradoxalement que, selon Machiavel, le peuple français vivait en sécurité parce que le roi était lié par beaucoup de lois (« Le bien commun, la justice et la sécurité juridique dans la conception médiévale du droit », *op. cit.*, p. 24).

⁷⁴³ J. BODIN, *Les six livres de la République*, abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583 édité par G. Mairet, coll. « Les classiques des sciences sociales », p. 80. Il n'en est pas moins soumis aux lois divines et naturelles, mais doit également respecter ses promesses (*ibid.*, p. 79-80 ; voy. R. LEGROS, *La question de la souveraineté : droit naturel et contrat social*, Ellipses, Paris, 2001, p. 46 et les références citées). Sans surprise, alors que beaucoup d'auteurs accordent encore autant, sinon plus, d'importance à la coutume qu'à la loi, Bodin estime la force de la loi nettement supérieure (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 183).

⁷⁴⁴ A. RIGAUDIÈRE relève que l'utilisation du français par des publicistes tels que Jean Bodin ou Charles Loyseau visaient à « diffuser le plus largement possible les idées absolutistes qui, à défaut d'unification du droit dans les textes, devaient permettre de persuader les esprits qu'il existait bien en pratique un droit commun au royaume de France » (« Un rêve royal français : l'unification du droit », *op. cit.*, p. 1564).

de dresser, comme dans les autres sciences, un « tableau strictement divisé » qui établirait « entre tous ses membres une classification régulière et continue, de telle sorte que leurs liens réciproques et leurs relations harmonieuses (puissent) se saisir d'un seul coup d'œil, qui nous livre la forme d'un corps complet⁷⁴⁵ ». De façon encore plus explicite, il écrit que « la *cause* efficiente du droit est celle qui conduit à leur terme les controverses et les procès, non au moyen des lois mais par les actions et *effets* des lois⁷⁴⁶ ». Bodin conserve cependant encore une conception aristotélicienne du droit et de l'importance de la prudence dans l'art juridique, le droit étant également d'inspiration humaine. Selon lui, l'office du juge ne peut s'exercer que « sur ce qui ne figure pas dans la loi ou s'y trouve exposé avec trop d'obscurité, ou qui, dans le cas envisagé, paraît contraire à l'équité », qu'il définit comme étant « le droit procédant du bon plaisir de celui qui statue⁷⁴⁷ ».

c) Loi divine v. droit de la raison

181. — Les juristes qui n'adhèrent pas à ces visions absolutistes se montrent mieux disposés à l'égard de l'équité, qui a été réhabilitée par saint Thomas et fondée sur le droit naturel⁷⁴⁸. Le XVI^e siècle révèle cependant, tant dans le chef des scolastiques espagnols que des juristes anglais, un glissement du droit naturel, comme émanation divine, vers un droit dérivé de la raison humaine. Ce passage progressif de la raison au premier plan va favoriser l'éclosion de la logique cartésienne de la sécurité juridique.

182. — En réaction à la doctrine réformiste, l'École de Salamanque, qui compte notamment les dominicains de Vitoria et le jésuite Suarez, défend un renouveau thomiste. A la doctrine calviniste de la prédestination, les scolastiques espagnols préfèrent la théorie de la « grâce suffisante » donnée par Dieu à tous les hommes et qui leur permet de retrouver les

⁷⁴⁵ J. BODIN, *Exposé du droit universel*, trad. par L. Jerphagnon, PUF, Paris, 1985, p. 9. Selon S. GOYARD-FABRE, Bodin, ayant pris conscience de « la crise du droit corrélative des déchirements de la chrétienté » et « devant Grotius et Hobbes de près d'un siècle », sera « le pionnier d'une vision rationnelle du droit dont le positivisme recevra le lointain héritage » (« Commentaire philosophique de l'*Exposé du droit universel* », in J. BODIN, *Exposé du droit universel*, op. cit., p. 99 et 165).

⁷⁴⁶ J. BODIN, *Exposé du droit universel*, op. cit., p. 59 (nous soulignons).

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 11, 23 et 79.

⁷⁴⁸ Elle fait, du reste, l'objet de nombreuses théories aux XV^e et XVI^e siècles (B. JANSSENS, *Étude sur la notion d'epikie*, op. cit., p. 72-108).

sources naturelles du droit et les règles du juste. Cependant, ils ne se contentent pas de reprendre la doctrine de saint Thomas. Si celui-ci avait remis à l'honneur les lois positives, il les dériverait néanmoins de la loi éternelle. Or, dans l'intervalle, Grégoire de Rimini avait déclaré au XIV^e siècle qu'une offense contre la raison serait un péché, « même si Dieu n'existait pas⁷⁴⁹ ». Cette phrase, d'apparence anodine, ouvrira néanmoins la porte à la laïcisation du droit afin de sauver les sources profanes comme le stoïcisme, le scepticisme et l'épicurisme. Ainsi s'opère, chez Vitoria et Suarez notamment, une évolution du droit naturel vers un droit rationnel, qui se présente non plus, comme chez Thomas, comme une activité visant une fin transcendante, mais comme un ensemble constitué de lois conférant des droits subjectifs. Le raisonnement déductif y est prépondérant et les conclusions s'enchaînent afin de faire système⁷⁵⁰. Par ailleurs, l'humanisme des juristes théologiens espagnols, horrifiés par la façon dont sont traités les natifs américains, contient déjà les racines de la notion de droits naturels⁷⁵¹. Enfin, Suarez reprend la notion grecque d'« *epikeia* », qu'il traduit littéralement par « *épikie* » et qui consiste, pour ceux qui appliquent la loi, à en corriger l'application lorsque l'obéissance à la loi est inique, que le résultat de son application serait trop pénible ou que l'on peut présumer que le législateur n'a pas voulu que son texte soit obligatoire en toutes circonstances⁷⁵².

183. — En 1523, le juriste anglais Ch. Saint-Germain écrit un célèbre dialogue entre un docteur et un étudiant sur la *Common law*, dans lequel il explique que les lois doivent être appliquées de manière raisonnable

⁷⁴⁹ Cité par J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 187. Plusieurs grands auteurs attribuent à tort à Grotius la paternité de cette affirmation (voy. notamment H. KELSEN, « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles-Paris, 1963, p. 143 ; A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1958, p. 246). Il est vrai qu'il écrira, trois siècles plus tard : « Ce que nous venons de dire aurait lieu en quelque sorte, quand même nous accorderions, ce qui ne peut être concédé sans un grand crime, qu'il n'y a pas de Dieu, ou que les affaires humaines ne sont pas l'objet de ses soins » (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 13-14).

⁷⁵⁰ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 330-364.

⁷⁵¹ A. DUFOUR, « Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale », in A. DUFOUR, *L'histoire du droit*, op. cit., p. 407-412.

⁷⁵² O. ECHAPPE, « L'équité en droit canonique », op. cit., p. 11.

pour tempérer leur rigidité parfois excessive⁷⁵³. Il cite explicitement le terme « *epieikeia* », qu'il traduit par le mot *equity* et qui constitue une exception aux lois humaines dictées par la loi divine ou la loi de la raison⁷⁵⁴. Les idées d'Aristote et des orateurs romains, conservées par saint Thomas, par les canonistes et les humanistes sont ainsi devenues une des fondations de la doctrine de l'équité anglaise. Comme chez les scolastiques espagnols, le droit de la raison tend cependant à s'affranchir du droit de la nature, à la connotation trop canonique⁷⁵⁵. Si cette réserve est déjà perceptible chez Saint-Germain⁷⁵⁶, elle apparaît plus clairement chez R. Hooker, pour qui la loi de la nature est celle que la raison peut découvrir, sans l'aide de la révélation, supranaturelle ou divine. Cet auteur, qui publie en 1594 ses *Laws of Ecclesiastical Polity*, présente une sorte d'état de nature peu commode, duquel il n'est possible de sortir que par la soumission au gouvernement public, susceptible de fournir paix, tranquillité et jouissance heureuse de la propriété. S'il reconnaît qu'il peut exister une sorte de droit naturel de gouverner dans le chef des nobles, sages et vertueux, il insiste sur le fait que ce droit ne peut se manifester qu'avec le consentement de ceux qui sont gouvernés, qui est la seule raison qu'une personne puisse être seigneur ou juge d'une autre⁷⁵⁷. Il est fort probable que cet ouvrage, considéré comme un des moyens par lesquels la théorie politique continentale a atteint

⁷⁵³ *The Houghton Mifflin Dictionary of Biography*, Houghton Mifflin Harcourt, 2003, v° Saint-Germain.

⁷⁵⁴ Ch. SAINT-GERMAIN, *The Doctor and Student, or, Dialogues between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England: Containing the Grounds of those Laws together with Questions and Cases concerning the Equity thereof*, Cincinnati, 1886, p. 44-45.

⁷⁵⁵ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 188-190. Pour mémoire, le roi d'Angleterre Henri VIII a rompu avec l'Église catholique romaine en 1531. En outre, à partir du XV^e siècle, se développe, à l'initiative de la juridiction du Chancelier du royaume, un corps de règles, appelé « *Equity* », destiné à corriger les rigueurs procédurales de la *common law* et appliqué par des juridictions différentes jusqu'à leur fusion en 1875.

⁷⁵⁶ Ch. SAINT-GERMAIN, *The Doctor and Student*, op. cit., p. 12.

⁷⁵⁷ R. HOOKER, *Laws of Ecclesiastical Polity*, G. Routledge, 1888, p. 86 et 93-94.

l'Angleterre, n'ait pas laissé indifférent, au siècle suivant, des auteurs comme Th. Hobbes et J. Locke⁷⁵⁸.

Section 3. — Le tournant du XVII^e siècle : certitude et confiance

184. — Bien que le XVIII^e siècle lui vole parfois la vedette, le XVII^e siècle joue un rôle absolument essentiel dans l'évolution des idées européennes, juridiques en particulier. Après une brève mise en contexte (A), nous examinerons les deux événements qui nous intéressent du point de vue de la sécurité juridique, à savoir la révolution scientifique, qui entraîne une avancée majeure sur l'axe de la certitude (B) et les théories du contrat social, qui représentent un développement non moindre sur l'axe de la confiance (C). Ces événements vont permettre l'épanouissement, respectivement des logiques *cartésienne* et *fiduciaire* de la sécurité juridique. Sur le plan des destinataires du principe, la logique fiduciaire emporte la mise au premier plan des individus et constitue la condition de possibilité de la logique *subjective*.

A. Mise en contexte

185. — Le XVI^e siècle est un siècle de relative expansion économique, grâce notamment aux richesses ramenées des colonies sud-américaines. A partir de 1600, et à l'exception des Pays-Bas, la situation se dégrade partout en Europe. Toujours sous le choc de la Réforme, le vieux continent est en outre frappé par une crise économique entre 1619 et 1622, plusieurs épidémies de peste et une vague de froid particulièrement violente. La dominance politique de l'Espagne commence à décliner et l'Allemagne, toujours fragmentée politiquement, est déchirée par les

⁷⁵⁸ Cette thématique de la fondation du gouvernement temporel sur un certain consentement des sujets, déjà présente chez le moine Manegold de Lautenbach à la fin du XI^e siècle (voy. *supra*, n° 171), se retrouve en 1431 chez le cardinal allemand Nicolas de Cues puis, aux XV^e et XVI^e siècles, chez les scolastiques espagnols, le Hollandais Wessel de Groeningen, l'Italien Marius Salamonius et l'Anglais John Fortescue (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 169-171 et les références citées). Kelly décèle clairement chez Suarez l'idée d'un pacte entre le roi et le peuple, comprenant une véritable obligation bilatérale. M. VILLEY voit chez Vitoria une théorie du contrat social dans sa conception d'un ordre naturel dont l'autorité vient de Dieu par l'intermédiaire du peuple (*La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 334).

dissensions confessionnelles. La situation religieuse est encore plus sensible en France où Henri IV, arrivé au trône en 1589 comme premier roi de la branche des Bourbons, a dû renoncer au protestantisme en 1593 afin de rallier l'importante frange catholique de la noblesse et de la population⁷⁵⁹. Malheureusement, les espoirs d'apaisement placés en lui disparaîtront le 14 mai 1610 lors de son assassinat par François de Ravallac, qui sonne le glas de la politique de tolérance et annonce la sanglante guerre de trente ans (1618-1648). Celle-ci impliquera à peu près tous les pouvoirs d'Europe et laissera, à la suite de la signature des traités de Westphalie, l'Allemagne en désolation⁷⁶⁰.

En Angleterre, la dynastie des Tudor s'achève avec la mort, en 1603, d'Elisabeth I^{re}. Le couronnement de James I^{er} inaugure la lignée des Stuart, qui apprendra à ses dépens l'incompatibilité de la monarchie absolue de droit divin avec la tradition politique anglaise. A deux reprises, le célèbre *Chief Justice* Edward Coke rappellera à son souverain sa subordination à l'autorité divine et à la *common law*⁷⁶¹. Le

⁷⁵⁹ Dans le contexte traumatique qui a suivi le massacre de la Saint-Barthélémy, en 1572, on lui prête la célèbre phrase selon laquelle « Paris vaut bien une messe ». Dans un esprit de conciliation, il avait adopté en 1598 l'édit de Nantes, reconnaissant la liberté de culte aux protestants.

⁷⁶⁰ Sur ce contexte, voy. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 203-206; *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 231-240; S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 17-19, 69 et 110. Selon ce dernier, cette guerre, qui se termine par une paix d'épuisement plus que de conquête, entraîne la radicalisation des croyances, l'échec du scepticisme humaniste de Montaigne et la cristallisation du besoin de certitude (ibid., p. 45-56). Selon M. GAUCHET, la réforme protestante et les guerres de religion vont entraîner la naissance de l'Etat moderne, dans lequel le souverain récupère à son profit la crise de la médiation ecclésiale et se pose en autorité de droit divin, qui sera symbolisée chez Hobbes par l'image biblique du Léviathan. L'idée protestante qu'il ne peut plus y avoir d'intermédiaire entre l'ordre du visible et de l'invisible fait du pouvoir temporel, non pas le médiateur mais le « représentant de l'absence du Dieu tout-puissant à ce monde », conférant une légitimation – certes plus fragile – au droit qu'il édicte (*La condition historique*, op. cit., p. 294-298).

⁷⁶¹ *Prohibitions del Roy*, Case of [1607] EWHC KB J23, disponible à l'adresse suivante, consultée pour la dernière fois le 24 mars 2012 : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1607/J23.html>; Case of Proclamations 1610, [1610] EWHC KB J22, 77 ER 1352 (1611) 12 Co Rep 74, disponible à l'adresse suivante, consultée pour la dernière fois le 24 mars 2012 : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1610/J22.html>. Le célèbre juriste A.V. Dicey ne manquera pas de souligner l'importance du principe défendu et obtenu par Coke pour la constitution anglaise, tout en pointant le caractère artificiel et anhistorique de son raisonnement (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Macmillan & Co, 1927, p. 18). Sur l'importance de la sécurité juridique chez Coke, voy. Sh. C. STIMSON, *The American Revolution in the Law*, MacMillan, Londres, 1990, p. 16-17.

débat sur la source et la limite des pouvoirs royaux se poursuivra de façon plus radicale sous le règne de son fils, Charles I^{er}, dont les conflits avec le Parlement se termineront par son exécution en 1649⁷⁶². Dans ces temps troublés de l'histoire anglaise, il convient d'évoquer un mouvement politique anglais peu connu sur le continent, celui des *Levellers*. Ce parti indépendant, issu en 1646 de la classe moyenne et paysanne, se battit pour mettre un terme au féodalisme, pour établir une totale tolérance religieuse, la souveraineté du peuple et le suffrage universel. Ses membres rédigèrent un *Agreement of the People*, qui peut être considéré comme le premier brouillon d'une constitution écrite dans l'histoire de la démocratie, sur la base d'une conception du contrat social⁷⁶³. En 1649, les *Levellers*, qui exigeaient que le droit soit rendu davantage accessible aux non-juristes⁷⁶⁴, publièrent un document intitulé *The Remonstrance of many Thousands of the Free People of England*. Véritable déclaration de guerre adressée aux « tyrans et usurpateurs » siégeant à Westminster, elle contient notamment l'exigence que « toutes les lois et coutumes du royaume soient écrites en langue anglaise claire et sans abréviation⁷⁶⁵ ». Il s'agit sans doute de la première formulation moderne de la revendication d'un droit accessible dans l'intérêt des sujets de droit, et donc de la logique subjective de la sécurité juridique. Le mouvement n'a pas, cependant, le succès espéré et disparaîtra dans le *Republican Commonwealth* de Cromwell, qui durera jusqu'en 1660. La monarchie est restaurée en Angleterre avec Charles II, qui concède

⁷⁶² Pour plus de détails sur cette période, voy. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 203-206 et 232; S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 17-19 et 90; *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 240-242 (voy. le texte de la *Petition of the Rights* adressé en 1628 par le Parlement au roi pour lui rappeler les illégalités commises par lui et le texte de la *Magna Carta*, p. 242-243).

⁷⁶³ H.N. BRAILSFORD, *The Levellers and the English Revolution*, Spokesman, Nottingham, 1983, 2^e éd., p. 10 et 255-259.

⁷⁶⁴ Ce qui fut perçu comme une menace pour le rôle des avocats et des juges (Sh. C. STIMSON, *The American Revolution in the Law*, op. cit., p. 18-20; M. K. CURTIS « In pursuit of liberty: the levellers and the American bill of rights », *Const. Comment.*, 1991, p. 370-371).

⁷⁶⁵ *The Remonstrance of many Thousands of the Free People of England*, Londres, 1649, p. 4 et 6 (art. IX) : « That all Laws and Customs of this Realm shall be written in the plain English tongue without any Abridgement or Abbreviation whatsoever ». Sh. STIMSON cite un tract anonyme de l'époque de Charles I^{er}, critiquant le fait que le français soit encore utilisé comme langage juridique : « I(t) is a miserable slavery where the law is uncertain or unknown » (*The American Revolution in the Law*, op. cit., p. 17-18).

l'*Habeas Corpus Act* en 1679, et à qui succédera le catholique James II. L'équilibre asymétrique entre l'Angleterre protestante et la France catholique est alors mis à mal et, lorsque Louis XIV révoque l'Edit de Nantes en 1685, la politique anglaise pro-catholique paraît intolérable à l'opinion publique. La « Révolution glorieuse » de 1688 entraînera le remplacement de James II par sa fille Mary et son gendre, Guillaume d'Orange, tous deux protestants, en échange de leur acceptation du *Bill of Rights* de 1689. Ce texte limite les pouvoirs du souverain, énonce les prérogatives du Parlement et certains droits des citoyens et marque le passage d'une monarchie héréditaire de droit divin à une monarchie constitutionnelle⁷⁶⁶.

B. La révolution scientifique ou la quête de la certitude

186. — Le XVII^e siècle représente incontestablement un moment majeur de la recherche de certitude, dès lors qu'une conception mécanique de la nature va s'imposer en tant que véritable paradigme de la pensée occidentale⁷⁶⁷, dépassant largement le domaine de la physique et des sciences exactes⁷⁶⁸. Le modèle de pensée qui s'imposera au cours de ce siècle entraîne la disqualification de l'autorité au profit de la raison comme fondement du savoir ainsi que la rupture entre les sciences,

⁷⁶⁶ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 95-98; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 206; P. COSTA, « Rule of Law: a Historical Introduction », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, P. Costa et D. Zolo (eds), Springer Netherlands, 2007, p. 82; *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 250. Parmi les arrangements institutionnels, la protection des libertés civiles est confiée au Parlement et aux cours ordinaires (R. GROTE, « Rule of Law, Rechtsstaat and 'Etat de droit' », in *Constitutionalism, Universalism and Democracy — a comparative analysis*, Ch. Starck (éd.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 270).

⁷⁶⁷ Selon la définition sociologique de Th. Kuhn, le paradigme est un « ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe scientifique donné » (*La structure des révolutions scientifiques*, 2^e éd., Flammarion, Paris, 1982, p. 238).

⁷⁶⁸ J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 49. A rebours de la conception selon laquelle régnait à l'époque un certain niveau de prospérité et de confort matériel qui aurait permis l'émergence d'une culture séculaire émancipatrice porteuse d'une véritable révolution intellectuelle, S. Toulmin émet l'hypothèse selon laquelle le modèle cartésien n'est apparu qu'en réaction à un contexte d'insécurité et d'incertitude généralisé. Cette « seconde » modernité s'analyserait alors comme une sorte de contre-renaissance, issue de l'opposition conservatrice à certaines des idées du XVI^e siècle (*Cosmopolis*, op. cit., p. 5-16, 24-28, 36-42 et 62-79).

d'une part, et la religion et la philosophie, d'autre part⁷⁶⁹. Il marque encore aujourd'hui notre conception du monde et son influence durable sur les esprits explique la survivance de la logique cartésienne de la sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Si ce paradigme de la certitude est principalement imputé à Galilée, Newton, Leibniz et, surtout, à Descartes, la rigueur chronologique nous invite à présenter d'abord Grotius, d'autant qu'il est plausible que ses ouvrages aient influencé le penseur français lors de son séjour aux Pays-Bas⁷⁷⁰. A. Dufour, qui relève que Grotius a été appelé le « Galilée » ou le « Descartes » du droit, estime que jamais « les liens entre le destin intellectuel de l'Occident et le développement concomitant de sa pensée juridique n'apparaissent plus étroits qu'au XVII^e siècle »⁷⁷¹.

187. — Dans son ouvrage *De Jure Praedae*, publié en 1604, Hugo Grotius annonce d'emblée la méthode qu'il suivra : « En premier lieu, considérons *ce qui est vrai universellement* et en tant que proposition générale ; ensuite, spécifions progressivement cette généralité, *adaptant*

⁷⁶⁹ En ce sens, voy. A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, PUF, Paris, 1991, p. 49 ; B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », *op. cit.*, p. 17 ; J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, *op. cit.*, p. 309 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 227-229. Selon M. GAUCHET, cette émancipation de la science moderne résulte notamment de cet « éloignement du ciel » entamé autour de l'an mil et consacré par la réforme protestante (*La condition historique*, *op. cit.*, p. 195).

⁷⁷⁰ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁷¹ A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, *op. cit.*, p. 44 et 49). Il écrit encore que l'École du droit naturel moderne « inaugure la redoutable inféodation de la jurisprudence aux principes et méthodes des sciences exactes » (*ibid.*, p. 113) et relève notamment les échanges épistolaires entre Galilée, Grotius et Hobbes, mais également entre Wolff et Leibniz (« Droit naturel/Droit positif », in A. DUFOUR, *L'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 453-459). P. PRADIER-FODÉRE écrit, en 1867, dans des termes annonçant Kelsen : « Il fallait, pour parler à l'avenir, s'isoler de la politique et des passions qu'elle soulève ; n'envisager que la pure théorie du droit ; interroger avec calme les sages de tous les siècles sur les droits de l'humanité ; soumettre froidement cette enquête grandiose au critérium de la conscience ; apporter l'ordre dans le chaos, la lumière dans les ténèbres ; réaliser pour le droit général la révolution que Galilée avait introduite dans les sciences cosmologiques, que Descartes devait effectuer dans la philosophie. La question n'était pas d'écrire un livre, mais d'élever un monument ; il ne suffisait pas d'avoir une âme honnête et des aspirations généreuses : il fallait avoir du génie. La gloire d'être le fondateur de la science du droit de la nature et des gens, était réservée à Grotius. » (« Essai biographique et historique sur Grotius et son temps », in H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, p. LVIII).

celle-ci à la nature *particulière* du cas examiné⁷⁷² ». Il poursuit et prolonge cette démarche dans son ouvrage *Sur la paix et la guerre*, publié en 1625 :

Je me suis préoccupé d'abord de rattacher les preuves des choses à *des notions si certaines, que personne ne puisse les nier à moins de se faire violence*. Les principes, en effet, de ce droit, si vous y faites bien attention, sont par eux-mêmes clairs et évidents, presque à instar des choses que nous percevons par les sens extérieurs, *lesquels ne trompent point*, si les organes de la sensation sont bien conformés, et si tout ce qui est nécessaire à la perception s'y trouve⁷⁷³.

Le juriste hollandais réorganise les règles générales de droit en un système digne des axiomes d'Euclide et lance la théorie du droit continentale sur le chemin « théoricien » qu'elle a suivi jusque Savigny et au-delà⁷⁷⁴. Au niveau du contenu, il opère une triple distinction du mot « *ius* », entre ce qui est juste⁷⁷⁵, le droit comme « une qualité morale attachée à l'individu pour posséder ou faire justement quelque chose⁷⁷⁶ » et comme « synonyme du mot loi pris dans le sens le plus étendu, et qui veut dire une règle des actions morales obligeant à ce qui est honnête⁷⁷⁷ ». Grotius divise le droit en droit « naturel », que nous fait connaître la raison, et « volontaire », qui tire son origine de la volonté humaine ou divine⁷⁷⁸. A partir de la volonté de Dieu, celui qui

⁷⁷² H. GROTIUS, *De Jure Praedae*, p. 7, cité par B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 242. Il inaugure de la sorte la méthode nouvelle en commençant par la déduction à partir des premiers principes, pour la confirmer le cas échéant par les autorités divine et temporelles (*ibid.*, p. 242).

⁷⁷³ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 38 (nous soulignons). On retrouvera la même préoccupation chez Descartes, quoique formulée de façon plus radicale. Il est significatif de relever que, dans la traduction de J. Barbeyrac (Ed. Pierre De Coup, 1729), le « Discours préliminaire » de Grotius contient le titre : « Où l'on traite de la certitude du droit en général ».

⁷⁷⁴ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 76.

⁷⁷⁵ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 62 : « Ce qui est injuste c'est ce qui répugne à la nature de la société des êtres doués de raison ».

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 64-66. Le sens de « droit subjectif » ressort de la traduction anglaise : « *Jus, Right*, has another signification, derived from the former, as when we say my Right. In this sense Right is a moral Quality » (H. GROTIUS, *On the rights of war and peace*, trad. par W. Whewell, University Press, Cambridge, 1853, p. 2).

⁷⁷⁷ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 73. On peut lire en anglais : « *Jus* has a third signification, meaning Law in its largest sense » (H. GROTIUS, *On the rights of war and peace*, op. cit., p. 3).

⁷⁷⁸ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 74-76 et 89.

est considéré comme le précurseur de la pensée des droits naturels⁷⁷⁹ déduit des normes fondamentales comme l'obligation de ne pas léser autrui ou de corriger les fautes⁷⁸⁰. Il propose également une version généalogique alambiquée du contrat social⁷⁸¹ et affirme que c'est la nature de l'homme sociable de l'homme, et non l'utilité, qui est la mère du droit naturel. Ce dernier confère sa force à l'obligation résultant de l'association humaine, cette obligation étant elle-même la mère du droit civil. Il en conclut donc que la nature peut être considérée comme la grand-mère du droit civil⁷⁸².

188. — A la même époque, Galilée va entreprendre, dans la foulée de Bacon, la révolution scientifique, en privilégiant l'approche expérimentale et démonstrative à la conception dogmatique, et « détermine un nouvel espace du pensable en général⁷⁸³ ». Le célèbre physicien et

⁷⁷⁹ H. CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, op. cit., p. 51. Dès son ouvrage *Inleidinghe tot de Hollandsche Rechts-gheleerdtheydt*, il propose la première reconstruction d'un système juridique en termes de droits plutôt que de lois alors que, en Angleterre, c'est Locke qui est qualifié de « prophète des droits naturels » (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 228). On est loin du procès que lui fait ROUSSEAU : « Réfugié en France, mécontent de sa patrie, et voulant faire sa cour à Louis XIII, à qui son livre est dédié, [il] n'épargne rien pour dépouiller les peuples de tous leurs droits et pour en revêtir les rois avec tout l'art possible » (*Du contrat social ou Principes du droit politique*, GF Flammarion, Paris, 2001, p. 63).

⁷⁸⁰ A. PAPAUX souligne l'influence qu'aura cette méthode sur les jusnaturalistes modernes, imprimant dans « l'esprit de générations de juristes le goût du système, la passion des systématiques, l'espoir de l'exhaustivité, l'entreprise de codification », tendance accentuée, surdéterminée par « le besoin de sécurité juridique » (*Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 118).

⁷⁸¹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 59 (1^{er} chapitre, intitulé « Ce que c'est que la guerre ? Ce que c'est que le droit ? »). A nouveau, la comparaison avec la version anglaise est intéressante car elle propose : « What is War. What are Rights », substituant le pluriel des « rights » (droits individuels) au singulier « le droit », qui évoque le droit objectif (H. GROTIUS, *On the rights of war and peace*, op. cit.).

⁷⁸² H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 20). La version anglaise fait apparaître plus clairement la notion de contrat social (« mutual compact ») et illustre encore une fois l'ambiguïté entre les termes *law* et *right* (*On the rights of war and peace*, op. cit., p. XXVII).

⁷⁸³ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 69. M. Gauchet souligne la différence entre la connaissance passive et directe prévalant depuis les Grecs, et la connaissance moderne qui est active et indirecte : « Le premier sujet dans l'histoire est ce sujet de raison et de connaissance qui correspond à une modalité objectivée de la connaissance » (*ibid.*, p. 272).

astronome italien publie en 1623 son ouvrage *L'essayeur*, qu'il introduit par cette phrase célèbre :

« La philosophie est écrite dans cet immense livre qui se tient ouvert devant nos yeux, je veux dire l'Univers, mais on ne peut le comprendre si l'on ne s'applique d'abord à en comprendre la langue et à connaître les caractères avec lesquels il est écrit. Il est écrit dans la langue mathématique et ses caractères sont des triangles, des cercles et autres figures géométriques, sans le moyen desquels il est humainement impossible d'en comprendre un mot⁷⁸⁴.

Alors que Copernic n'avait pas été inquiété par l'Église, Galilée sera cependant obligé de retirer son soutien à la théorie de l'héliocentrisme, confirmant l'influence de l'Église au XVII^e siècle et relativisant l'émancipation séculière qui lui est souvent associée⁷⁸⁵.

189. — Considéré par H. Gadamer comme « un des plus grands précurseurs de l'*Aufklärung* européenne⁷⁸⁶ », Descartes constitue une des références majeures de la pensée occidentale moderne. S'il reconnaît avoir été « nourri aux lettres » dès son enfance, il regrette de n'y avoir pas trouvé « une connaissance claire et assurée de tout ce qui est utile à la vie », préférant les mathématiques « à cause de la certitude et de l'évidence de leurs raisons⁷⁸⁷ ». Les démonstrations géométriques lui avaient laissé imaginer « que toutes les choses qui peuvent tomber sous la connaissance des hommes s'entre-suivent en même façon ». Il décide donc de se donner une méthode composée de quatre préceptes censés garantir le caractère scientifique et indiscutable de sa pensée⁷⁸⁸. Afin de ne pas se laisser tromper par ses sens, il s'évertue à mettre tout en doute, non pas comme les sceptiques, « qui ne doutent que pour douter » mais dans le but de s'assurer de « rejeter la terre mouvante et le sable pour trouver le roc et l'argile⁷⁸⁹ ». Il s'agit du fameux doute cartésien, point

⁷⁸⁴ GALILÉE, *L'essayeur*, trad. par Chr. Chauviré, Les Belles Lettres, Paris, 1980, p. 141. B. JARROSSON relève qu'à partir de là, le déterminisme absolu n'est plus éloigné (« Histoire des idées scientifiques », *op. cit.*, p. 13).

⁷⁸⁵ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 230 ; S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁸⁶ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, *op. cit.*, 1996, p. 300.

⁷⁸⁷ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Flammarion, Paris, 1900, p. 5 et 7. Le *Discours* est publié en 1637.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 13-14.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 20. Sur la différence entre les sceptiques et le doute cartésien, voy. D. MERCIER, *Cours de philosophie*, *op. cit.*, p. 50-71.

de départ véritable de la démarche de Descartes, qui devait mener à la première certitude, celle de son existence :

Mais aussitôt après je pris garde que, pendant que je voulais ainsi penser que tout était faux, il fallait nécessairement que moi qui le pensais fusse quelque chose ; et remarquant que cette vérité : *je pense, donc je suis*, était si ferme et si assurée, que toutes les plus extravagantes suppositions des sceptiques n'étaient pas capables de l'ébranler, je jugeai que je pouvais la recevoir sans scrupule pour le premier principe de la philosophie que je cherchais.

Il s'interrogea ensuite sur ce qui faisait de cette proposition son caractère vrai et certain, et constata que c'était le fait qu'il voyait « très clairement que pour penser il faut être », ce qui lui permit de « prendre pour règle générale que les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies », tout en admettant qu'il y avait « quelque difficulté à bien remarquer quelles sont celles que nous concevons distinctement⁷⁹⁰ ». La causalité en fait partie et elle acquiert chez Descartes un statut véritablement scientifique, tout effet devant nécessairement avoir une cause⁷⁹¹. La méthode cartésienne entraîne un discrédit complet de la rhétorique et de l'argumentation dialectique, dont l'étude est, pour la première fois depuis Aristote, séparée de l'analyse logique et de sa méthode déductive, et s'y trouve subordonnée. La distinction sujet-objet devient fondamentale, mais également la division du monde en deux espèces, à savoir la pensée et l'étendue ou l'être et

⁷⁹⁰ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, op. cit., p. 22-23. La méthode consistant à recourir à des concepts « clairs et distincts » attirait Descartes pour deux types de raison. La première, instrumentale, était qu'elle permettait de résoudre des problèmes dans les sciences empiriques, alors que la seconde, intrinsèque, était qu'elle constituait une source de certitude dans un monde de scepticisme, deux aspects qui vont fonder respectivement la science et la philosophie modernes (S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 74). Ce besoin particulier de certitude et de sécurité, il le doit sans doute au siècle d'instabilité politique et de conflit religieux dans lequel il a grandi (*ibid.*, p. 56-63 ; I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes. Temps, chaos et les lois de nature*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1998, p. 223-224).

⁷⁹¹ R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, Flammarion, Paris, 1900, p. 166-167 (« Qu'il n'y ait rien dans un effet qui n'ait été d'une semblable ou plus excellente façon dans la cause, c'est une première notion, et si évidente qu'il n'y en a point de plus claire ; et cette autre commune notion, que de rien, rien ne se fait, la comprend en soi, parce que si on accorde qu'il ait quelque chose dans l'effet qui n'ait point été dans sa cause, il faut aussi demeurer d'accord que cela procède du néant ; et s'il est évident que le néant ne peut être la cause de quelque chose, c'est seulement parce que dans cette cause il n'y aurait pas la même chose que dans l'effet. »)

le devoir être. A sa suite, les Modernes prendront comme modèle la méthode des géomètres ou celle des mathématiciens⁷⁹².

190. — Isaac Newton, s'il n'était pas convaincu par la philosophie rationaliste de Descartes, s'inscrit néanmoins dans ses pas⁷⁹³. Il publie ses *Principes mathématiques de philosophie naturelle* en 1687, dans lesquels il distingue le « temps absolu, vrai et mathématique » qui, par lui-même et de sa propre nature coule uniformément sans attention à rien d'extérieur » et que l'on appelle également « Durée », et le temps apparent, relatif et commun⁷⁹⁴. Le savant anglais, en liant force et accélération, considère qu'en connaissant les conditions initiales d'un système, il est possible de calculer ses états suivants. Dans son *Traité d'Optique*, il estime « très probable que Dieu forma au commencement la matière de particules solides, pesantes, dures, impénétrables, mobiles, de telles grosseurs, figures et autres propriétés, en tel nombre et en telle proportion à l'espace qui convenait le mieux à la fin qu'il se proposait [...]. Pour que l'ordre des choses puisse être constant, l'altération des corps ne doit consister qu'en séparations, nouvelles combinaisons et mouvements de ces particules [...] »⁷⁹⁵. Sa conception du temps et le principe de base de la philosophie mécaniste de la nature, qui doit permettre de déterminer exactement la vitesse et la position de tout corps,

⁷⁹² S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 75; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 504-506; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 231-234; B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », op. cit., p. 15. A. DUFOUR relève l'ambiguïté de la « méthode » du XVII^e siècle, tantôt géométrique (comme chez Descartes et Spinoza : définitions et axiomes, rigueur démonstrative), tantôt mathématique (comme chez Galilée et Newton, elle s'identifie en fait à la démarche de la physique moderne : combinaison de l'observation et de l'expérimentation avec la mesure mathématique des phénomènes, encore appelée méthode « résolutive-compositive ») (*Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, op. cit., p. 94-99).

⁷⁹³ J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 115.

⁷⁹⁴ I. NEWTON, *Principia: The mathematical principles of natural philosophy*, D. Adee, New York, 1848, p. 77.

⁷⁹⁵ I. NEWTON, *Optique*, trad. par M., t. II, Leroy, Paris, 1787, p. 272-273. Selon J. DEWEY, ce passage contient une reformulation soi-disant scientifique du vieux désir humain de la fixité comme garant et objet de la certitude absolue (*The Quest for Certainty*, op. cit., p. 118). L'utilisation des termes « probable » ou « puisse » fait dire à S. TOULMIN que Newton ne revendique pas la même certitude que Descartes (*Cosmopolis*, op. cit., p. 118).

sont donc tournés vers la prédiction des événements futurs et entraînent une vision déterministe du monde⁷⁹⁶.

191. — La nouvelle science moderne aura un impact important sur la philosophie du droit, et fournira les assises scientifiques du jusnaturalisme moderne, séduit par cette combinaison de certitude et de rigueur⁷⁹⁷, comme en témoignent les écrits de Leibniz⁷⁹⁸. Le philosophe allemand, qui est aussi mathématicien, logicien et juriste, rêve d'un langage idéal et symbolique qui serait parlé et compris par tous et permettrait une communication parfaite. Après avoir écrit sur la théorie du droit et s'être lancé dans la diplomatie, il se rend à Paris où il rejoint un groupe de mathématiciens. Dans les années 1670, il invente le calcul différentiel et intégral au même moment que Newton et de façon totalement indépendante⁷⁹⁹. Leibniz défend une conception déterministe de la nature, dans laquelle la figure de Dieu joue un rôle essentiel comme législateur tout puissant : « Dans la moindre des substances, des yeux aussi perçants que ceux de Dieu pourraient lire toute la suite des choses de l'univers⁸⁰⁰ ». Sa conception de la « doctrine du droit » s'inscrit parfaitement dans le modèle scientifique, dès lors qu'elle « est du nombre de celles qui ne dépendent pas des expériences mais des définitions, ni des démonstrations à partir des sens mais à partir de la raison⁸⁰¹ ». Dans un texte intitulé « de la justice et du nouveau code », il s'exprime au nom du législateur :

Et puisque *savoir* c'est pouvoir rendre raison, en conséquence les vrais principes d'où tout le droit est dérivé doivent être connus *de*

⁷⁹⁶ I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, op. cit., p. 19 ; J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 201 ; B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », op. cit., p. 16.

⁷⁹⁷ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 118.

⁷⁹⁸ I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, op. cit., p. 223-224. Selon B. FRYDMAN, Leibniz a, plus que tout autre, « incarné la prégnance du modèle géométrique sur la pensée classique en général et la pensée juridique en particulier » (*Le sens des lois*, op. cit., p. 274). Dans une lettre, Leibniz écrit : « J'ai souvent dit qu'après les écrits des Géomètres, il n'est rien qui puisse égaler en vigueur et en subtilité les écrits des jurisconsultes romains » (citée par A. DUFOUR, « Le paradigme scientifique... », op. cit., p. 474).

⁷⁹⁹ *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 282.

⁸⁰⁰ G.F. LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, PUF, Paris, 1961, p. 133.

⁸⁰¹ G.F. LEIBNIZ, *Le droit de la raison*, Vrin, Paris, 1994, p. 94. Son projet d'ouvrage, qu'il décrit à Antoine Arnauld en 1671, devra contenir : « des règles peu nombreuses et claires, dont la combinaison peut résoudre tous les cas » et « les éléments

ceux qui font ou interprètent les lois. Nous avons décidé d’embrasser l’immense multitude des lois avec clarté dans peu de mots, afin que la mémoire des hommes ne soit pas surchargée et que le jugement ne soit pas plus longtemps fluctuant à cause de l’incertitude des opinions. Et ainsi le droit sera finalement *achevé et certain* [...] nous voulons supprimer toutes les controverses au sujet du droit, ce qui ne peut être accompli, si la dispute subsiste à propos des raisons non écrites des lois [...]. En effet, puisque nous jugeons que peu nombreuses sont les questions négligées par ces lois, il est préférable que *quelques-uns subissent un tort* jusqu’au moment où il nous en est référé, plutôt que *d’alimenter le mal collectif d’un droit incertain*. [...] le devoir du juge ressort de toutes les *causes* qui sont comprises dans notre code⁸⁰².

À la suite de Grotius, et de façon plus radicale, Leibniz défend une conception *cartésienne* du droit et de la sécurité juridique, dans le sens où il postule qu’il est possible de définir *a priori* toutes les règles d’un ordre juridique et de déterminer à l’avance leur application. Les termes utilisés laissent clairement envisager l’idéal poursuivi : un droit *achevé et certain*, qui contient *toutes* les *causes* dont *ressort* le devoir du juge. De façon intéressante, Leibniz articule les logiques politique et cartésienne de la sécurité juridique, en défendant l’idée d’un droit absolument certain dans l’intérêt de « ceux qui font ou interprètent les lois », plutôt que dans l’intérêt des sujets de droit. L’existence éventuelle de lacunes constitue, dans cette optique, un moindre mal et il est préférable que « quelques-uns subissent un tort » jusqu’à ce que le législateur ait légiféré plutôt que de nourrir « le mal collectif d’un droit incertain ».

192. — Cette conception d’un droit rationnel, ordonné systématiquement selon un ordre naturel d’origine divine, est largement partagée dans la seconde moitié du XVII^e siècle. En France, elle rejoint les tentatives d’uniformisation juridique menées par les rois de France, selon la logique politique de la sécurité juridique. En 1607, le jurisconsulte Antoine Loisel publiait ses *Institutes coutumières* dans lesquelles il écrivait que « les provinces, duchés, contés et seigneuries de ce royaume régies et gouvernées sous diverses coutumes se sont avec le temps rangées sous l’obéissance d’un seul roi et quasi de sa seule et unique monnaie, ainsi enfin se pourroient-elles réduire à la conformité,

du droit naturel, dans lesquels tout serait démontré à partir des seules définitions » (*ibid.*, p. 205).

⁸⁰² *Le droit de la raison*, *op. cit.*, p. 214-215 (nous soulignons).

raison et équité d'une seule loi⁸⁰³ ». La volonté de systématisation va de pair avec une certaine méfiance envers l'équité des juges, alimentée par le sentiment du caractère discrétionnaire des arrêts des Parlements de l'Ancien Régime, dont témoigne cette phrase célèbre, attribuée au chancelier Séguier : « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements ». Dans le cadre d'un projet plus vaste de codification de l'ensemble du droit privé, souhaité par le premier président du Parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon, et très partiellement réalisé sous l'impulsion de Louis XIV et de Colbert, l'ordonnance civile de 1667 rappelle les juges à leur mission d'application de la loi et leur interdit de juger en équité⁸⁰⁴. Pour autant, celle-ci ne disparaît pas de la scène juridique. Elle est en effet légitimée par le message chrétien mais doit se parer des atours de la rationalité nouvellement encensée.

193. — Le célèbre juriste Jean Domat incarne bien cette nouvelle combinaison d'une théorie du droit partagée entre le besoin de certitude du droit et de l'équité d'inspiration divine. Il insiste ainsi sur l'importance de systématiser les principes du droit car « l'ordre est bien plus nécessaire pour faire entrer dans l'esprit le détail infini des vérités qui composent une science » d'où le « dessein » de mettre de l'ordre dans les principes de droit civil, mais aussi de retrancher le surplus, augmenter la clarté et ce, non seulement pour les professionnels du droit mais également pour les particuliers « qui peuvent utilement apprendre ces lois pour leur propre usage, et les consulter pour se juger eux-mêmes, ou pour prévenir de mauvais procès⁸⁰⁵ ». Il convient en effet que les lois « arbitraires », à savoir celles qui « n'ont leur autorité que par la puissance du législateur » n'aient « leur effet qu'après

⁸⁰³ Cité par A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *op. cit.*, p. 1555. A une époque où la question de la religion est inévitable, Loisel évite prudemment toute référence à la religion. Ph. GÉRARD relève l'intuition féconde de Loisel, qui met en parallèle l'unification politique, économique et juridique (*Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1981, p. 371).

⁸⁰⁴ A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *op. cit.*, p. 1565 ; P. OURLIAC, « La puissance de juger... », *op. cit.*, p. 29 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 135 et 142-143. Plus largement, cette ordonnance défend aux juges d'interpréter les ordonnances royales, leur imposant en cas de doute d'en référer au roi afin de connaître son intention (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *A.P.D.*, 1990, t. 35, p. 179).

⁸⁰⁵ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Ed. Nyon, Paris, 1757, p. 3 (préface).

qu'elles ont été publiées pour être connues » et « ne règlent que l'avenir, sans toucher au passé ». Il n'en va pas de même des « lois immuables », qui sont « naturelles et tellement justes toujours et partout, qu'aucune autorité ne peut ni les changer, ni les abolir » et qui sont enseignées aux hommes « par la lumière de la raison⁸⁰⁶ ». Parmi les fondements naturels qu'il distingue, il évoque « cette lumière restée à l'homme après sa chute, qui lui fait connaître les règles naturelles de l'équité⁸⁰⁷ ». A la différence de Leibniz, Domat défend clairement, à l'instar des *Levellers*, une conception subjective de la sécurité juridique, dès lors qu'il insiste sur la nécessité de permettre aux particuliers de prendre connaissance des lois positives pour leur propre usage, pour se juger eux-mêmes ou pour prévenir de mauvais procès. Quant aux lois naturelles, elles leur sont directement accessibles grâce à leur raison.

194. — A la même époque, des questions identiques sont traitées dans les *Institutions of the Law of Scotland* du célèbre juriste Ecossais James Stair. Ainsi, le droit est déterminé par la raison, qui nous a été donnée par le Seigneur pour nous permettre d'identifier les premiers principes de droit naturel qui, à l'instar de la loi, gravée « sur les piliers [...] ou les tables [...] pour la certitude ou la conservation », ont été écrits « par le doigt de Dieu sur le cœur de l'homme, pour y rester pour toujours⁸⁰⁸ ». Si l'Équité, qui pour Stair est un autre nom pour le droit naturel, permet certes de modérer les lois humaines, c'est parce qu'elle contient en fait l'entièreté du droit de la nature rationnelle, sans quoi elle ne pourrait remédier à la rigueur du droit positif dans tous les cas. Du reste, l'introduction de lois positives qui permettent de clarifier le droit de la nature et de la raison ne viennent pas altérer mais au contraire éclairer l'équité, dont les principes peuvent être difficiles à

⁸⁰⁶ J. DOMAT, « Traité des lois », in *Œuvres complètes*, t. I, Firmin Didot, Paris, 1828, p. 36, 77 et 80.

⁸⁰⁷ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 26. Comme le relève J. BOULANGER, le chapitre préliminaire montre une inspiration profondément religieuse, à l'arrière-plan de laquelle on peut discerner « les grandes controverses jansénistes sur la prédestination » (« Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 52).

⁸⁰⁸ J. STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland, Glasgow and Edinburgh*, The University Presses of Edinburgh and Glasgow, 1981 (1^{re} éd. 1681), p. 73-75 (trad. libre : « It is said to be written in the hearts of men, because, as law useth to be written on pillars [...] or tables [...] for certainty or conservation, so this law is written by the finger of God upon man's heart, there to remain for ever »).

appliquer, et ce afin d'apporter de la sécurité au peuple⁸⁰⁹. Ici aussi, la quête de la certitude s'associe à la volonté de promouvoir l'accès au droit pour le peuple. La logique subjective de la sécurité juridique trouvera cependant sa principale justification théorique dans les théories du contrat social. Plutôt que de s'attacher à la certitude que permet la connaissance, elles mettent en avant la sécurité que peut offrir un pacte établi entre les membres d'une société, qui repose en dernière instance sur la confiance mutuelle en la capacité de chacun à respecter les obligations qui dérivent de ce contrat originaire, et fonde la logique fiduciaire du principe de sécurité juridique.

C. Les théories du contrat social ou le besoin de la confiance

195. – Si le modèle rationnel cartésien peine davantage à s'implanter dans le droit anglais, où l'attachement au précédent ne s'accommode pas aisément d'un système de principes établis abstraitement à l'avance⁸¹⁰, c'est pourtant sur les terres de la *common law* que la science politique sera marquée du sceau d'un nouveau style scientifique. Celui de Thomas Hobbes, dans *Leviathan*, contraste en effet avec les ouvrages politiques qui, depuis Thucydide, se basaient sur des analyses d'expériences historiques. A partir de 1640, la théorie politique est présentée de façon abstraite et générale, le citoyen individuel ou le sujet étant l'unité d'analyse⁸¹¹. L'ouvrage fondamental du philosophe anglais, publié trois ans après la fin de la guerre de trente ans, reste cependant surtout connu pour sa théorisation sans précédent du contrat social, dans une Angleterre où la guerre civile et le renversement de la monarchie ont émergé de l'incompatibilité entre une vision théocratique et absolutiste

⁸⁰⁹ *The Institutions of the Law...*, *op. cit.*, p. 76, 83 et 90.

⁸¹⁰ A titre anecdotique, on signalera néanmoins l'initiative, prise lors de la révolution puritaine mais interrompue par la restauration de la monarchie en 1660, de confier à une commission la codification du droit de la propriété foncière, (R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur*, *op. cit.*, p. 26-27).

⁸¹¹ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 77. Sur l'influence du paradigme physico-mathématique sur la pensée de Hobbes, voy. A. DUFOUR, « Le paradigme scientifique... », *op. cit.*, p. 483-487. Sur la transition qu'il opère entre l'absolutisme et le droit naturel moderne, voy. M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 297-301.

du pouvoir et celle d'un souverain soumis au droit du peuple⁸¹². Il n'est guère surprenant, dans ce contexte, que Hobbes envisage un état de nature dans lequel le conflit est permanent. Dans cet état de défiance mutuelle, il n'est de sécurité pour les hommes que celle que leur force ou leur imagination leur octroie et il n'y a guère de place pour l'industrie, pour la culture de la terre, les arts ou la connaissance. Les passions qui poussent l'homme vers la paix sont donc la peur de la mort et le désir d'une vie confortable. Selon Hobbes, le droit naturel (*Right of Nature*, *Jus Naturale*) est la liberté qu'a chaque homme d'utiliser son pouvoir pour sa propre préservation. Dans l'état de nature, ce droit lui permet de prétendre à tout ce qui s'y trouve, y compris les corps des autres. Cependant, tant que ce droit perdure, il ne peut y avoir aucune sécurité pour personne. Aussi, il existe, à côté de ce droit naturel, une loi naturelle (*Law of Nature*, *Lex Naturalis*), qui est découverte par la Raison et interdit à l'homme de mettre sa vie en péril. La première branche de cette loi lui impose de rechercher la paix, la seconde lui permet, en cas d'échec, de se défendre par tous les moyens. La seconde loi de la nature est dérivée de la première et contraint chaque homme à abandonner son droit à toute chose dans la mesure où les autres acceptent de faire de même, ce qui donnera lieu au fameux contrat social, et à la troisième loi de la Nature, qui impose le respect des obligations contractuelles. Afin d'assurer l'observation de cette dernière loi, il est nécessaire d'instaurer un Pouvoir capable d'infliger une punition plus grande que le bénéfice qui puisse être retiré de sa violation, ce qui marque le début de la validité des contrats, de la propriété et de la justice. La seule façon d'ériger un pouvoir capable de protéger les hommes des invasions extérieures et des troubles intérieurs est de le confier à un ou plusieurs hommes susceptibles de réduire leurs volontés à une seule. La Multitude ainsi unie en une Personne est appelée un *Common-wealth*, le grand Léviathan ou encore le Dieu Mortel, soumis au Dieu Immortel⁸¹³.

196. — Hobbes insiste sur le fait que le contrat social n'est conclu qu'entre les hommes et non avec le Souverain de sorte que celui-ci ne

⁸¹² R. LEGROS, *La question de la souveraineté*, op. cit., p. 14-20 ; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 207-212.

⁸¹³ Th. HOBBS, *Leviathan*, Dover Publications, New York, 2006, p. 68-93 (« covenants, without the sword, are but words and of no strength to secure a man at all »). Il définit comme suit le Léviathan : « One person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to

peut le violer et que, par conséquent, ses Sujets ne peuvent se libérer de sa sujétion en invoquant une forfaiture de sa part⁸¹⁴. La défiance qui règne dans l'état de nature amène donc les hommes à investir leur confiance dans un pouvoir chargé de leur sécurité mais, en cas de violation de cette confiance, les sujets ne peuvent contester son autorité⁸¹⁵. En d'autres termes, la certitude de l'ordre politique et juridique prime sur le respect de la confiance qu'il inspire. Le philosophe anglais ne parle pas à, proprement parler, de sécurité juridique mais se soucie plutôt d'assurer la sécurité matérielle des hommes, mission qui fait partie de la fonction et des charges du Souverain, et de garantir la stabilité de l'ordre social. Certes, il énonce la nécessité que les sujets soient informés des lois qui les concernent mais il semble que cela soit d'abord dans un but d'effectivité et afin d'éviter que les destinataires des règles puissent invoquer leur ignorance, particulièrement lorsqu'il s'agit des droits du souverain⁸¹⁶. En d'autres termes, bien qu'il ait participé à poser les fondements théoriques des logiques fiduciaire et subjective de la sécurité juridique, Hobbes privilégie encore une conception politique de ce principe, qui sert les intérêts du Léviathan avant de protéger ceux des citoyens⁸¹⁷. La situation va changer avec son compatriote, John Locke.

197. — Tout comme celle de ses prédécesseurs, la pensée de Locke est éminemment liée au contexte dans lequel elle s'inscrit. Son *Second traité sur le gouvernement civil*, publié de façon anonyme en 1689-1690,

the end he may use the strength and means of them all as he shall think expedient for their peace and common defence. » (*ibid.*, p. 96).

⁸¹⁴ Th. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, p. 96-97. Ses pouvoirs sont pratiquement illimités dès lors que le souverain a toute discrétion pour décider des moyens pour assurer la paix et la défense de ses sujets (*ibid.*, p. 99).

⁸¹⁵ Th. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, p. 139 et 187.

⁸¹⁶ Comme Domat, HOBBS estime qu'il en va différemment des lois de la nature, accessibles par la raison (*Leviathan*, *op. cit.*, p. 152 et 187-192). Plus loin, il constate que le fait de régner par des règles requiert que ses destinataires en connaissent la teneur et suggère à cet égard au souverain d'édicter des lois concises, accompagnées des motifs ayant présidé à leur adoption pour faciliter leur compréhension (*ibid.*, p. 195 et 200).

⁸¹⁷ Il est vrai qu'il défend le respect du principe de non-rétroactivité et de légalité, à tout le moins en matière pénale, associant l'infliction d'une peine pour un fait que la loi n'interdisait pas à un acte d'hostilité (Th. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, p. 175). Selon A. RODGER, le principe de non-rétroactivité pénale y trouverait sa première formulation (« A time for everything under the law : some reflections on retrospectivity », *L.Q.R.*, 2005, p. 65-66).

a été écrit pendant la révolution anglaise de 1688. A sa sortie d'Oxford, le jeune philosophe était entré au service du comte de Shaftesbury, qui dirigeait un groupe influent essayant d'empêcher James II de monter sur le trône. La conspiration échoua et aboutit à l'emprisonnement du comte. Il semble plausible que, pendant cette période, les talents intellectuels de Locke aient été mis à contribution pour élaborer une justification théorique du droit à la résistance contre le souverain⁸¹⁸. A la différence de Hobbes, il décrit l'état de nature comme une époque de liberté parfaite et d'égalité, gouvernée par la loi de la raison, qui interdit à tout homme de se détruire lui-même ou de porter atteinte à la vie, la santé, la liberté ou la propriété d'autrui⁸¹⁹. Cependant, il manque dans cet état de nature « des lois établies, connues, reçues et approuvées d'un commun consentement », un juge impartial qui ait « l'autorité de terminer tous les différends, conformément aux lois établies » et un pouvoir « capable d'appuyer et de soutenir une sentence donnée, et de l'exécuter ». Aussi, afin de mettre en sûreté leurs personnes, leurs libertés et leurs propriétés, les hommes entrent en société et investissent une autorité législative d'un pouvoir qui se limite à remédier à ces trois défauts de l'état de nature et « en tout cela de ne se proposer d'autre fin que la tranquillité, la sûreté, le bien du peuple⁸²⁰ ».

Locke insiste sur l'importance de la liberté, dont l'homme ne peut se défaire et qui consiste, dans l'état de nature, à ne reconnaître aucun pouvoir souverain sur terre et, dans la société civile, à n'être soumis qu'aux pouvoirs consentis, de sorte que les hommes « ne soient point

⁸¹⁸ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 216-217; C.B. MACPHERSON, « Editor's introduction », in J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing, Cambridge, 1980, p. vii et ix.

⁸¹⁹ Il défend en outre l'existence d'un droit naturel de propriété, justifié par le fait que certains se sont appropriés les fruits qu'ils ont extrait de la terre, donnée par Dieu à tous les hommes, en y mêlant leur labeur (J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, trad. par D. Mazel, Deveux, Paris, 1795, p. 17-18, 22-23, 27-42 et 68-115). Locke retient à plusieurs occasions une conception large de la notion de propriété, comme englobant les possessions mais aussi la vie et la liberté (*Second Treatise of Government*, op. cit., p. 66). Il annonce déjà une notion de « protection des droits acquis » (C.B. MACPHERSON, « Editor's introduction », op. cit., p. x-xxi; Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 331).

⁸²⁰ J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 53-53, 59-60, 255-257 et 260-262. Locke a ainsi été un des premiers à établir les lettres de noblesse de l'État libéral constitutionnel occidental dès lors qu'il assigne à l'État d'assurer la sécurité des personnes et de protéger leurs biens sans intervenir dans la vie économique (C.B. MACPHERSON, « Editor's introduction », op. cit., p. vii; J.-P. THOMAS, « Politiques », in *Histoire des idées*, J.-M. Besnier (dir.), Ellipses, Paris, 1996, p. 71).

sujets à la fantaisie, à la volonté inconstante, incertaine, inconnue, arbitraire d'aucun autre homme⁸²¹ ». Le pouvoir n'a été confié qu'à certaines fins, qui constituent autant de « bornes que la *confiance* investie par la société, la loi divine et naturelle, a imposées au pouvoir législatif » et le peuple conserve le pouvoir suprême de révoquer ce dernier « quand il découvre que celui-ci a agi de manière contraire à la *confiance* dont il avait été investi⁸²² ». Le pouvoir ne peut gouverner que selon des lois établies et stables, mais également publiées et connues, « en sorte que le peuple puisse connaître son devoir, et être en sûreté à l'ombre de ces lois⁸²³ ». Ce passage nous semble constituer une étape majeure dans l'évolution du principe de sécurité juridique, à un double titre. La sécurité qu'offre le droit dépend en effet non plus d'une certitude de type cartésien mais du respect par l'autorité de la *confiance* dont elle a été investie par les cocontractants originaires. Ce nouveau fondement du pouvoir politique donne une assise à la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique, qui légitime à son tour sa logique *subjective*. En effet, si la légitimité du prince dépend de la façon dont il tient compte de la confiance de ses sujets, l'accessibilité du droit aux citoyens n'est plus uniquement destinée à assurer l'effectivité de son pouvoir mais, d'abord et avant tout, à protéger les particuliers. Dès lors que les hommes n'entrent en société que dans un but précis, il n'est guère surprenant qu'ils exigent des garanties particulières en ce qui concerne l'action du souverain mis en place. Alors que, pour Hobbes, ce sont l'ordre, la sécurité et la stabilité de la société qui constituent la priorité (axe de la *certitude*), le cas échéant au détriment des situations individuelles, Locke insiste sur le respect du mandat dont l'autorité est investie par les membres de la société et qui justifie le pouvoir qui lui

⁸²¹ J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 61-64.

⁸²² J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, op. cit., p. 75, § 142 et 78, § 149 (trad. libre, préférée à la traduction française de D. Mazel, nous soulignons). Il écrit encore du pouvoir de convoquer l'assemblée législative qui est conféré à l'exécutif : « (it) is a fiduciary trust placed in him, for the safety of the people » (*ibid.*, p. 71, § 156). Plus loin, Locke envisage plusieurs hypothèses dans lequel le gouvernement est dissous, notamment lorsque les autorités agissent en violation de la confiance dont ils sont investis (« when the legislative or the prince, either of them act contrary to their trust », *ibid.*, p. 107-113, § 211-223, spéc. § 221).

⁸²³ J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, op. cit., p. 278-279. Dans la version anglaise : « power [...] ought to be exercised by established and promulgated laws ; that [...] the people may know their duty, and be safe and secure within the limits of the law » (J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, op. cit., p. 73, § 137).

échoit (axe de la *confiance*). La logique fiduciaire de la sécurité juridique suivra cependant le destin des théories du contrat social, au profit de sa logique cartésienne qui se maintiendra jusqu'à aujourd'hui.

198. — Il devient difficile de ne pas se demander comment concilier la conception déterministe du monde d'un Leibniz, avec une théorie du contrat social qui requiert un échange de consentements suffisamment libres et éclairés. Telle semble pourtant être la position tenue par le philosophe hollandais Baruch Spinoza. Dans son *Traité Théologico-politique*, publié en 1670, il défend un système comparable à celui de Hobbes. Selon une loi générale de la nature, les hommes ont le droit de poursuivre leur propre préservation et sécurité. Seulement, la seule façon pour eux de se garantir une « vie heureuse et remplie de sécurité » est de confier tout leur pouvoir « à la société, laquelle par cela même aura seule sur toutes choses le droit absolu de la nature », de sorte que « le souverain n'est limité par aucune loi, et que tous sont tenus de lui obéir en toutes choses ». Pour autant, poursuit Spinoza, « l'État n'a pas pour fin de transformer les hommes d'êtres raisonnables en animaux ou en automates » mais bien d'en faire des citoyens libres. Or, cette liberté, « une fois donnée aux hommes, il est extrêmement difficile de la leur reprendre⁸²⁴ ». Et pourtant, dans *l'Éthique*, il défend une conception radicalement déterministe du monde. À l'issue de son exposé, il estime avoir montré « que Dieu existe nécessairement, qu'il est unique, qu'il existe et agit par la seule nécessité de sa nature, qu'il est la cause libre de toutes choses et de quelle façon, que toutes choses sont en lui et dépendent de lui, de telle sorte qu'elles ne peuvent être ni être conçues sans lui, enfin que tout a été prédéterminé par Dieu, non pas en vertu d'une volonté libre ou d'un absolu bon plaisir, mais en vertu de sa nature absolue ou de son infinie puissance ». La science mathématique a appris aux hommes que « toutes choses se produisent et s'enchaînent par l'éternelle nécessité et la perfection suprême de la nature⁸²⁵ ». Plus que tout autre, Spinoza incarne sans doute les contradictions de son siècle. Converti à la philosophie mécanique, il est radicalement

⁸²⁴ B. SPINOZA, « Traité théologico-politique », in *Œuvres de Spinoza*, t. I, trad. par E. Saisset, Ed. Charpentier, Paris, 1842, p. 65 ; 135 ; 269-274 ; 330 et 349.

⁸²⁵ B. SPINOZA, « L'éthique », in *Œuvres de Spinoza*, t. II, trad. par E. Saisset, Ed. Charpentier, Paris, 1842, p. 37-44.

déterministe⁸²⁶. Cependant, sur le plan politique, il défend la liberté de penser contre la censure ambiante et confirme l'origine contractuelle de la société, qui implique nécessairement la liberté du consentement. Cette façon de penser, qui paraît schizophrénique, ne jure pas dans le paradigme dualisant du XVII^e siècle⁸²⁷.

Conclusion du premier chapitre

199. — Avant de poursuivre notre parcours historique, il est utile de reprendre l'essentiel de nos découvertes et de les agrémenter de quelques réflexions complémentaires. Si on peut convenir, avec J. Ellul, que le phénomène juridique s'explique par la volonté humaine d'instaurer de l'ordre dans l'espace, le droit grec nous paraît moins avoir vocation à « établir artificiellement une prise sur l'avenir⁸²⁸ » qu'à réguler la cité (droit des hommes) ou à assurer la justice (droit des dieux)⁸²⁹. Si le droit gagne à être connu des citoyens, c'est essentiellement dans un souci d'égalité ou de limitation de l'arbitraire et l'importance attachée à la stabilité des lois témoigne surtout de la fascination de certains penseurs grecs pour l'immutabilité de l'être. Il est vrai que dans un cadre de pensée où émergent l'idée de causalité nécessaire⁸³⁰ et de déterminisme métaphysique⁸³¹, l'enjeu de l'avenir, par définition prédéterminé, importe peu⁸³². Si on ne trouve donc pas de trace de la logique

⁸²⁶ Selon J. DEWEY, il y a peu de tentatives en philosophie moderne pour intégrer aussi complètement une méthode scientifique basée sur une certitude cognitive absolue (*The Quest for Certainty*, *op. cit.*, p. 55).

⁸²⁷ Il est vrai qu'il définit « libre » comme étant « une chose qui est et agit par la seule nécessité de sa nature ; contrainte, celle qui est déterminée par une autre à exister et à agir d'une certaine façon déterminée » (Lettre LVIII à Schuller).

⁸²⁸ Voy. *supra*, n° 158.

⁸²⁹ Ces « droits » peuvent entrer en conflit, comme dans l'histoire d'Antigone.

⁸³⁰ Selon KELSEN, le caractère de nécessité de la causalité est « certainement une conséquence de l'idée qu'elle est la volonté d'une autorité absolue et toute puissante, et par suite transcendante, existant au-delà du domaine de l'expérience humaine, qui établit la connexion entre cause et effet » (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 93).

⁸³¹ Selon K. POPPER, ce déterminisme postule que « tous les événements du monde sont fixés, ou immuables, ou prédéterminés », qu'ils soient ou non connus (*L'univers irrésolu. Plaidoyer pour l'indéterminisme*, trad. R. Bouveresse, éd. Hermann, 1984, *op. cit.*, p. 6). On le retrouve notamment chez Parménide.

⁸³² Sur le déterminisme et la liberté, voy. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, livre V, *op. cit.*, p. 82.

cartésienne de la sécurité juridique, la question de la permanence et du changement, le refus d'une approche graduelle de la validité et la conception d'un monde dans lequel la maîtrise des causes rend possible la prévision de leurs effets posent néanmoins les conditions de possibilité de son apparition, plus de deux mille ans plus tard. Le droit romain s'attache moins à la question de la justice qu'à l'intérêt pratique que présente le phénomène juridique. Il promeut essentiellement la logique politique de la sécurité juridique dans la codification justinienne et, si le formalisme du droit romain contribue sans doute à la sécurité des transactions, il paraît davantage voué à assurer la stabilité du système dans son ensemble dans l'intérêt de la Cité, de la République ou de l'Empire⁸³³. En revanche, la littérature romaine contient les racines d'une certaine idée du contrat social, qui ouvrira le champ, plusieurs siècles plus tard, à ses logiques fiduciaire et subjective.

200. — En apparence, la période courant de la chute de l'empire romain au XVI^e siècle ne paraît pas avoir fait progresser la cause de la sécurité juridique de façon significative. Et pourtant, la logique politique de la sécurité juridique se poursuit, essentiellement à travers le règne des rois de France, dont les efforts d'unification et d'accessibilité du droit participent de la volonté d'assurer la stabilité et à la puissance de leur royaume et s'éclairent à la lumière des théories absolutistes de Machiavel et de Bodin⁸³⁴. Celles-ci s'opposent radicalement aux théories contractualistes dans lesquelles l'autorité temporelle est soumise aux lois de Dieu et du peuple. Cette notion est étroitement liée à l'idée d'un pacte existant entre les hommes, mais également entre le prince et ses sujets, conception qui va dicter l'histoire politique anglaise des prochains siècles. Par ailleurs, l'humanisme chrétien, alimenté par la redécouverte de la pensée gréco-romaine, fait une place toujours plus importante à l'individu, titulaire de droits subjectifs depuis Occam, partie au pacte social décrit par certains auteurs et doué de raison. Celle-ci ne fait pas encore l'objet du culte du siècle suivant mais s'annonce dans les écrits de Bacon, dans la conception systématique du droit de Bodin

⁸³³ A. SCHIAVONE décrit en ces termes l'expansion de l'empire romain : « Le plein essor d'un pouvoir mondial [...] portait en soi un besoin de règle, de discipline, de normalisation, entièrement nouveau [...] Il était [...] question d'ordre et de mesure dans les relations sociales et «privées» [...] La puissance et l'ordre, donc ; le savoir et la domination, avec l'invention du formalisme comme charnière » (*Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par J. et G. Bouffartigue, Belin, 2008, p. 302).

⁸³⁴ Dans le même sens, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 98.

ainsi que dans l'apparition progressive, chez les scolastiques espagnols et les juristes anglais, d'un droit rationnel à la place du droit naturel des anciens. La quête de la certitude, qui semblait avoir été quelque peu mise de côté pendant la période médiévale, refait son apparition sur la scène de la pensée européenne. Elle n'avait sans doute pas disparu mais le champ de la certitude était principalement occupé par les dogmes de la religion chrétienne, Dieu se trouvant investi de la lourde tâche de fournir toutes les réponses aux questions humaines. En d'autres termes, à l'aube du XVII^e siècle, les conditions sont réunies pour permettre l'essor des autres logiques de la sécurité juridique.

201. — Au cœur des changements du XVII^e siècle se trouvent le primat de la raison et la place centrale accordée à l'individu. Le nouveau programme de recherche vise la certitude mathématique et la division cartésienne du corps et de l'esprit, justifiée notamment par la distinction entre la liberté, humaine et rationnelle, et la causalité, naturelle et mécanique, devient le modèle de la modernité⁸³⁵. Les idées scientifiques du XVII^e siècle sont devenues « de puissants agents de transformation de la société » et invitent l'homme à se rendre maître de son avenir⁸³⁶. Le nouveau paradigme de la certitude paraît pouvoir s'étendre à l'ensemble du monde. Sur le plan politique, ce système complet et harmonieux de la nature et de la société tend à conférer une légitimité divine à l'ordre politique de l'État moderne qui correspond à un recul proportionnel de l'emprise de Dieu sur le monde. La séparation entre raison et autorité, et la subordination de la seconde à la première posent en effet les conditions de possibilité d'une émancipation de la pensée humaine de l'emprise divine⁸³⁷. Or, le comblement du vide laissé progressivement par

⁸³⁵ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 107 et 130. Pourtant, au XVII^e siècle déjà, deux vers s'infiltrèrent dans le fruit de la causalité. D'une part, Malebranche, laïcisé plus tard par Hume, considère que la volonté divine étant impénétrable, les causes que nous observons ne sont que des fictions forgées par notre esprit, et, d'autre part, les probabilités, théorisées notamment par Pascal et Fermat, font leur apparition (*Encyclopédie universelle*, v^o causalité).

⁸³⁶ B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », *op. cit.*, p. 18. A. Dufour qualifie ce paradigme lié à la « Révolution jusrationaliste » de « paradigme physico-mathématique » (« Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », *op. cit.*, p. 482).

⁸³⁷ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 127-129. M. VILLEY parle d'une laïcité qui n'est pas anti-religieuse (*La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 183). G. DE STEXHE observe ainsi à juste titre qu'avec la théorie du contrat social, le politique moderne s'émancipe moins vis-à-vis du théologique que du

le divin comme pourvoyeur de certitude sera assuré non seulement par les sciences, mais aussi par le droit⁸³⁸. Il convient toutefois de se débarrasser du lieu commun relatif à l'École moderne du droit naturel, selon lequel elle serait parfaitement laïque⁸³⁹. Chez la plupart des auteurs étudiés, les premiers principes du droit sont déduits par la raison à partir des règles morales inscrites par Dieu dans la conscience humaine, et apparaissent nettement inspirés de la tradition judéo-chrétienne. On ne peut cependant nier le processus de laïcisation entamé par le droit naturel, qui s'inscrit dans le contexte plus général de subordination de l'autorité à la raison⁸⁴⁰.

202. — Le monde juridique moderne n'échappe pas, en effet, à l'impact de la méthode rationnelle et au développement de l'individualisme, qui se concrétisent dans la théorie des droits naturels initiée par Grotius. Dans ce contexte, un premier courant, qui peut être qualifié de « *rationnaliste-idéaliste* », se développe sur la base des écrits de ce dernier. Il conçoit le droit comme un système, cohérent et complet, où la raison peut déduire, par la méthode du syllogisme, les premiers principes puis l'ensemble des autres règles⁸⁴¹. La laïcisation du droit naturel se marque nettement plus dans le second courant, « *empiriste-volontariste* », qui se développera à partir de Hobbes. Chez le philosophe anglais, comme chez Spinoza, apparaissent les premières contestations virtuelles de l'existence d'un ordre supérieur de droit naturel. Leur « loi naturelle » ne propose pas un standard éthique transcendant mais, d'abord, le droit de chacun de se préserver, par tous les moyens. Alors que le monde

naturel compris comme socialité originaire de l'humain (« Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 199).

⁸³⁸ Cette idée sera approfondie dans la conclusion de la deuxième partie.

⁸³⁹ Selon G. JELLINEK, le propre du droit naturel moderne est de « s'être affranchi de tout fondement théologique » pour s'appuyer sur « un principe de nécessité intrinsèque et autonome » (*L'Etat moderne et son droit*, trad. par G. Fardis, Ed. Fontemoing, Paris, 1904, p. 102).

⁸⁴⁰ En ce sens, voy. A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 113-129 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 240-256. Selon M. Gauchet, le XVII^e siècle marque l'émergence du sujet de raison, du sujet politique et du sujet de droit, dans l'espace libéré par le retrait de Dieu de notre monde (*La condition historique*, *op. cit.*, p. 271-277). Il précise cependant que ces sujets demeurent abstraits et que l'individualité, la singularité, ne deviendra importante qu'au siècle suivant et, surtout, dans le romantisme du XIX^e siècle (*ibid.*, p. 276).

⁸⁴¹ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 114-122 ; A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 246-247.

médiéval catholique connaissait une théorie du droit naturel qui mettait l'accent sur les obligations de l'homme envers son souverain, dans un monde harmonieux supervisé par Dieu, l'influence combinée du nominalisme d'Occam, de la Réforme et des sciences déplacent le centre d'intérêt de la nature vers la raison et du droit naturel (« *natural law* ») vers les droits naturels (« *natural rights* »). L'individu, libre et rationnel, est en mesure de conclure le contrat social, figure qui occupe une place fondamentale dans la pensée politico-juridique du XVII^e siècle. Ce contrat apparaît, sur le plan du droit, comme étant l'équivalent de la démarche cartésienne, à savoir une méthode visant à faire table rase de tout, pour fonder la connaissance à partir d'un principe simple, sûr et unique⁸⁴². Une fois le contrat social conclu, les sujets doivent une obéissance sans faille à leur souverain et aux règles qu'il pose. Cette conception d'un droit limité aux règles posées par l'État, qui sera d'emblée relativisée par Locke, annonce le courant du positivisme juridique⁸⁴³.

203. — Sur le plan de la sécurité juridique, le bilan est majeur, même si le principe lui-même n'est pas développé en tant que tel. Le contexte global est celui de la croyance que le monde est déterminé, parfaitement connaissable et donc prévisible. Une telle conception s'étend aux théories du droit et constitue ce que nous qualifions de logique *cartésienne* de la sécurité juridique : chez Grotius et, surtout, chez Leibniz, la maîtrise des causes légales doit permettre la connaissance des conséquences juridiques. L'accent est mis avant tout sur la *certitude* que doit garantir le droit.

Avec Locke, émerge la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique, qui fonde le respect par l'autorité des exigences du principe sur la *confiance* dont celle-ci est investie par les cocontractants originaires. Sur le plan, non plus du *fondement* mais des *bénéficiaires* du principe, la théorie lockéenne du contrat social concrétise l'idée d'un droit au service, non plus du prince mais de ses sujets qui, cocontractants originaires, tiennent à connaître la nature et la portée de leur engagement et des obligations

⁸⁴² On retrouvera cette idée chez les penseurs des Lumières mais également dans le parallèle opéré par Durkheim entre Rousseau et Descartes (voy. *infra*, note 860).

⁸⁴³ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 223 ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 183. Il est vrai que, par exemple, Hobbes mentionne plusieurs lois de la nature se rapprochant de l'éthique traditionnelle (justice, équité, gratitude, etc.).

qui en résultent. Cette idée, qui sera reprise par Montesquieu, met en avant la logique *subjective* de la sécurité juridique, qui sera amenée à entrer en concurrence avec la logique *politique* du principe. Cette logique subjective ne résulte cependant pas uniquement des théories du contrat social mais se trouve également associée à l'émancipation progressive du sujet de droit. Cette dissociation explique peut-être pourquoi cette logique ne connaîtra pas le même sort que sa logique fiduciaire, qui souffrira du discrédit qui va s'attacher peu à peu aux théories contractualistes et, surtout, du succès de la logique cartésienne. Que l'on privilégie la logique politique ou subjective de la sécurité juridique, il semble en effet difficile à l'époque de penser la sécurité du droit en des termes différents de ceux, absolus, légués par la révolution scientifique. Le XVII^e siècle initie ainsi une tendance qui se poursuivra jusqu'à nos jours, dans laquelle la question de la prévisibilité occupe une place centrale pour l'individu, en ce qu'elle lui paraît indispensable pour déterminer un futur dont le divin n'est plus ni garant ni responsable. Comme l'écrit B. Jarrosson, à la différence de l'homme médiéval, « l'homme moderne intercale l'épaisseur de l'avenir entre le présent et l'éternité⁸⁴⁴ ».

⁸⁴⁴ B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », *op. cit.*, p. 18.

CHAPITRE II

Des Lumières à la révolution industrielle : le développement des logiques

Il arrivera un jour que l'on saura toutes les
choses qui nous sont aujourd'hui cachées.

SÉNÈQUE

204. — A bien des égards, les deux siècles qui suivent le XVII^e reprennent et prolongent son héritage. La quête de la certitude et la mise au premier plan de l'individu se poursuivent et connaissent leur apogée pendant les Lumières françaises, même si des assauts de plus en plus nombreux et diversifiés commencent à mettre à mal le modèle cartésien (section 1). Au siècle suivant, le positivisme de Comte se donnera pour mission d'étendre aux sciences sociales la capacité prédictive imputée aux sciences exactes. C'est durant cette période que la sécurité juridique trouvera son assise théorique la plus communément acceptée dans l'institution de l'État de droit (section 2). La logique cartésienne de la sécurité juridique, confortée par l'essor du positivisme et par la légitimation démocratique, se maintiendra en dépit des premières pensées dissidentes et deviendra le fondement principal des logiques politique et subjective, au détriment d'une logique fiduciaire qui s'avère quasi-absente.

Section 1. — Le rationalisme jusnaturaliste du XVIII^e siècle

205. — Après une brève mise en contexte (A), nous tâcherons de déterminer la façon dont les logiques de la sécurité juridique se sont développées au XVIII^e siècle (B), avant d'évoquer les premières failles du modèle cartésien et la riposte kantienne aux attaques de Hume (C).

A. Mise en contexte

206. — Le XVIII^e siècle s'ouvre sur une période de stabilisation en Angleterre et se clôt sur une période d'instabilité en France⁸⁴⁵. En l'absence de descendant pour reprendre la couronne, la priorité anglaise est d'éviter le retour d'un catholique à la tête du royaume. Tel est l'objet de l'Acte d'Établissement (*Act of Settlement*) de 1701, qui confirme que tout roi ou reine accédant au trône doit administrer le pays conformément aux lois d'Angleterre, qui constituent le « droit inné du peuple » (*birthright of the people*)⁸⁴⁶. Au niveau économique, l'Angleterre jouit d'une certaine prospérité qui l'entraînera, dès la fin du siècle, dans la première révolution industrielle. Le reste de l'Europe ne connaît pas le même succès. Alors que l'Espagne poursuit son déclin, sous le joug d'une politique isolationniste et d'une religion omniprésente, l'Italie, fragmentée et en grande partie soumise à la domination extérieure, ne peut guère se targuer que de son développement intellectuel et artistique. L'Allemagne reste également divisée jusqu'à l'émergence, au milieu du siècle, d'un nouveau pouvoir qui finira par unir les territoires germaniques dans la Prusse de Frédéric II. La France voit se succéder les règnes de Louis XIV et Louis XV, monarques absolus de droit divin impliqués dans des guerres coûteuses qui plongent le pays, et particulièrement le tiers état, dans une situation précaire. La révolution américaine, qui commence avec la déclaration d'indépendance de 1776, contribuera, à un double titre et non sans ironie, à provoquer l'événement politique majeur sur le vieux continent : la révolution française. En effet, l'aide militaire significative apportée par la France aux colons anglais laisse le pays dans un état économique déplorable, poussant Louis XVI à convoquer des états généraux qui déboucheront sur la proclamation de l'Assemblée nationale puis la prise de la Bastille. Par ailleurs, l'idéologie à la base de la révolution américaine, nourrie des notions de contrat social et des droits de l'homme, trouve un écho

⁸⁴⁵ Entre 1689 et 1815, les deux nations se livreront un long conflit, entrecoupé de trêves, parfois qualifié de « seconde guerre de cent ans » (*Histoire de l'Europe, op. cit.*, p. 264-265).

⁸⁴⁶ « The said lords spiritual and temporal and commons do therefore further humbly pray that all the laws and statutes of this realm for securing the established religion and the rights and liberties of the people thereof and all other laws and statutes of the same now in force may be ratified and confirmed. »

enthousiaste auprès des révolutionnaires français, baignés dans l'esprit des Lumières⁸⁴⁷.

Celles-ci s'inscrivent dans le prolongement du siècle précédent en mettant l'homme, transformé en citoyen, au centre de l'attention et en prônant le culte de la raison et le rejet de toute autorité spirituelle et intellectuelle⁸⁴⁸. Les Lumières, selon Kant, « c'est la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable » et sa devise est la suivante « *Sapere aude!* Aie le courage de te servir de ton propre entendement!⁸⁴⁹ ». Incarnation littéraire de ces idéaux, l'*Encyclopédie* est publiée en 1751 sous la direction de Diderot, pendant que Voltaire popularise les idées de Newton⁸⁵⁰. Alexis de Tocqueville résume l'état d'esprit, qu'il estime sans égal ailleurs ni en d'autres temps, des « gens de lettres » français au milieu du XVIII^e siècle. Bien qu'ils ne fussent pas « mêlés journellement aux affaires, comme en Angleterre », ils « ne demeuraient pas, comme la plupart de leurs pareils en Allemagne, entièrement étrangers à la politique » mais « s'occupaient sans cesse des matières qui ont trait au gouvernement ». Certes « répandue à doses inégales », toutes « les œuvres de ce temps-là, [...] depuis le lourd traité jusqu'à la chanson » contenaient « cette sorte de politique abstraite et littéraire », discourant sur « l'origine des sociétés et sur leurs formes primitives, sur les droits primordiaux des citoyens et sur ceux de l'autorité, sur les rapports naturels et artificiels des hommes entre eux, sur l'erreur ou la légitimité de la coutume, et sur les principes mêmes des lois ». Au-delà des différences, tous les auteurs s'accordaient « au moins sur une notion très générale » semblant « préexister » dans leur esprit « à toutes les idées particulières et en être la source commune », un « point de départ » commun selon lequel « il convient de substituer des règles simples et élémentaires, puisées dans la raison et dans la loi

⁸⁴⁷ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 245-248 ; *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 246-278. Si la crise anglaise des années 1640 était celle d'un « absolutisme ascendant », la crise française est un « absolutisme finissant » (M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 305).

⁸⁴⁸ L. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 155 ; X. SOUVIGNET, « L'accès au droit. Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 35 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 605.

⁸⁴⁹ E. KANT, *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. fr. J.-F. Poirier et F. Proust, Garnier-Flammarion, Paris, 1991, p. 49.

⁸⁵⁰ *Histoire de l'Europe*, op. cit., p. 280 ; S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 140-142.

naturelle, aux coutumes compliquées et traditionnelles qui régissent la société de leur temps⁸⁵¹ ».

B. En droit

207. — La fascination exercée par les enseignements du XVII^e siècle entretient le fantasme de leur extension à tous les domaines de la connaissance humaine. Dans un discours de réception prononcé en 1782 à l'Académie française, Nicolas de Condorcet témoigne de cette conviction, lorsqu'il déclare que, « en méditant sur la nature des sciences morales, on ne peut en effet s'empêcher de voir qu'appuyées comme les sciences physiques sur l'observation des faits, elles doivent suivre la même méthode, acquérir une langue également exacte et précise, atteindre au même degré de certitude⁸⁵² ». Malgré le refus affirmé de toute autorité, le siècle des Lumières accepte un certain nombre de postulats hérités du siècle précédent, notamment la séparation cartésienne entre le corps, soumis aux règles causales et mécaniques de la nature, et l'esprit, rationnel et libre⁸⁵³. Cette liberté est notamment nécessaire pour pouvoir conclure le contrat social. La conception de Locke, selon laquelle les individus vivent libres et égaux à l'état de nature et jouissent de droits naturels que la loi positive doit garantir, aura énormément de succès auprès des écrivains politiques et des hommes d'État du XVIII^e siècle⁸⁵⁴. Pour le juriste irlandais Edmund Burke, il est acquis que l'objectif ultime de la société civile est la conservation et la sécurisation des droits naturels⁸⁵⁵. Selon Jean-Jacques Rousseau, les droits naturels sont cédés à la collectivité et récupérés sous forme de droit positif. De façon plus explicite que dans le *Bill of Rights* de 1689, des déclarations contenant les droits de l'homme voient le jour,

⁸⁵¹ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 4^e éd., Paris, Ed. Lévy Frères, 1859, p. 233-235.

⁸⁵² Discours de réception à l'Académie française prononcé lors la séance publique du jeudi 21 février 1782.

⁸⁵³ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 107-113.

⁸⁵⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 268. P. COSTA relève que cette fonction spécifique du droit va mener aux principes de légalité (*nullum crimen*) et d'égalité juridique (tous les individus sont également tenus par le droit), qui seront tenus pour acquis par la société du XIX^e siècle, à tout le moins au point de vue théorique (« Rule of Law... », *op. cit.*, p. 78).

⁸⁵⁵ E. BURKE, « Tracts on the Popery Laws », in *Letters, Speeches and Tracts on Irish Affairs*, Macmillan, Londres, 1887, p. 38-39.

qui concrétisent et rendent opérationnel les théories philosophiques⁸⁵⁶. La déclaration des droits de Virginie, adoptée en 1776 consacre le fait que « tous les hommes sont par nature également libres et indépendants et ont certains droits inhérents dont, lorsqu'ils entrent dans l'état de société, ils ne peuvent, par quelque contrat que ce soit, priver ou déposer leur postérité ; à savoir la jouissance de la vie et de la liberté, ainsi que les moyens d'acquérir et de posséder la propriété, et de poursuivre et d'obtenir le bonheur et la sécurité⁸⁵⁷ ». Le *Bill of Rights* américain est adopté et la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen dispose, en son article II, que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » et que ces droits sont « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression⁸⁵⁸ ».

208. — Si le succès des droits individuels pave la voie pour le développement de la logique subjective du principe de sécurité juridique, celle-ci va se détacher de la logique fiduciaire à laquelle l'unissait la théorie de Locke. Même chez Rousseau, qui propose la plus importante contribution à la théorie du pacte social au XVIII^e siècle, dans un esprit très éloigné du paradigme cartésien, le thème de la confiance brille par son absence⁸⁵⁹. En résumé, le philosophe propose d'abstraire de l'homme

⁸⁵⁶ A. DUFOUR, « Le discours et l'événement... », *op. cit.*, p. 404-405.

⁸⁵⁷ Trad. libre : « That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety ».

⁸⁵⁸ Malgré le processus de laïcisation initié au siècle précédent, les références à l'origine divine des droits naturels ne disparaissent pas pour autant. La déclaration des droits de l'homme de 1789 se fait « sous les auspices de l'Être Suprême » (Préambule). Selon Voltaire, « La seule loi fondamentale et immuable qui soit chez les hommes est celle-ci : "Traite les autres comme tu voudrais être traité" [...] ; il semble que Dieu l'ait mise dans l'homme pour servir de contrepoids à la loi du plus fort, et pour empêcher le genre humain de s'exterminer par la guerre, par la chicane, et par la théologie scolastique » (« Remarques pour servir de supplément à l'essai sur les mœurs et l'esprit des nations et sur les principaux faits de l'histoire, depuis Charlemagne jusqu'à la mort de Louis XIII », in *Œuvres complètes*, Impr. de Crapelet, Paris, 1819, p. 389-391).

⁸⁵⁹ De façon significative, le terme même de confiance n'apparaît pas une fois dans le célèbre ouvrage qu'il publie en 1762, *Du contrat social*. Dans la *Nouvelle Héloïse* (1761), il avance les revendications du sentiment humain contre la raison (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 253). Le penseur français est conscient des limites du Prince et du fait que l'inflexibilité des lois peut,

tout ce qui fait de lui un être social, afin de comprendre pourquoi il est « né libre » mais se trouve partout « dans les fers ». Contrairement à Hobbes, Rousseau considère que la précarité matérielle dans laquelle les hommes vivent à l'état de nature ne rend pas, au contraire, leur condition moins enviable à celle des hommes vivant en société⁸⁶⁰. Pourtant, malgré cette félicité première, il « suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état [...] et le genre humain périrait s'il ne changeait sa manière d'être⁸⁶¹ ». La solution sera apportée par le contrat ou pacte social, dont l'essence peut se ramasser dans les termes suivants : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale, et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout ». Le pacte social donne « au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens », pouvoir qui, dirigé par la volonté générale, porte le nom de souveraineté⁸⁶². On le voit, Rousseau insiste davantage sur la transformation qu'opère, sur les hommes, la conclusion du contrat social plutôt que sur les obligations qui pèsent sur les autorités en vertu de leur mandat⁸⁶³.

209. — Au contraire, l'engouement en droit pour le paradigme de la certitude se poursuivra au point d'assurer à terme le monopole de la logique cartésienne de la sécurité juridique. C'est, curieusement, de là

dans certains cas, « les rendre pernicieuses, et causer par elles la perte de l'État dans sa crise ». En outre, il « peut se présenter mille cas auxquels le législateur n'a point pourvu, et c'est une prévoyance très nécessaire de sentir qu'on ne peut tout prévoir » (*Du contrat social*, *op. cit.*, p. 57 et 159).

⁸⁶⁰ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 42 et *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Ed. Michel Rey, Amsterdam, 1755, p. LXX (préface) et p. 14 et 67. Comme le relève E. DURKHEIM, « On ne peut pas n'être pas frappé de la ressemblance qu'il y a entre cette méthode et celle de Descartes. L'un et l'autre estiment que la première opération de la science doit consister en une sorte de purgation intellectuelle, ayant pour effet de mettre en dehors de l'esprit tous les jugements médiats qui n'ont pas été scientifiquement démontrés, de manière à dégager les propositions évidentes d'où toutes les autres doivent être dérivées » (*Montesquieu et Rousseau: précurseurs de la sociologie*, Ed. Rivière, 1953, p. 119).

⁸⁶¹ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 51-52.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 52-68.

⁸⁶³ Il précise cependant que le pouvoir « tout absolu, tout sacré, tout inviolable qu'il est, ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales ». Les chefs n'étant

où le juriste continental l'attend le moins que surgit le plaidoyer le plus explicite pour la certitude absolue du droit⁸⁶⁴. En 1714, le juriste John Fortescue Aland signe la préface du livre écrit au siècle précédent par son homonyme. Il affiche d'emblée ses références intellectuelles, décrivant Newton comme le « Prince des Mathématiciens », la « Gloire de l'Âge » et la « Fierté de toute l'Espèce », et son amour du droit anglais, qu'il juge le plus proche du droit de la nature (*Law of Nature*) en ce qu'il garantit le bonheur de ses sujets en assurant la sécurité de leurs possessions, de leurs libertés et de leur vie. S'il rejette les accusations d'incertitude dirigées contre les lois anglaises, qu'il estime aussi certaines que celles de tout autre système juridique, il se dit convaincu de la capacité du droit à atteindre une certitude aussi grande que n'importe quelle science, à l'exception – concède-t-il – des nobles mathématiques. Selon lui, l'existence d'un Être suprême, cause de toutes choses, est aussi démontrable que n'importe quelle proposition de géométrie et, si on accepte le postulat que l'homme a une connaissance intuitive de lui-même et dépend de cette première cause, ces éléments fournissent une « bonne fondation » sur laquelle construire un système de lois morales, fondant à leur tour des principes et axiomes de droit aussi certains que ceux d'Euclide. A partir de ces principes, et à condition que les faits, seule source possible d'incertitude, soient établis, le juriste peut opérer des déductions parfaitement logiques⁸⁶⁵.

Moins radical, Voltaire déplore néanmoins le fait que « les lois sont presque partout incertaines, insuffisantes, contradictoires ». Il ne l'impute cependant pas au caractère humain de ces lois, dès lors que la géométrie a été inventée par les hommes et est, comme la physique expérimentale et les principes métaphysiques qui fondent la géométrie,

« point les maîtres du peuple, mais ses officiers », le peuple « peut les établir et les destituer quand il lui plaît » (*ibid.*, p. 148-149).

⁸⁶⁴ Au siècle précédent déjà, un des textes les plus explicites en faveur de la sécurité juridique avait été rédigé par un sergent anglais inconnu, en réponse au dialogue précité de SAINT-GERMAIN, dans lequel il défendait l'idée que, dans l'intérêt du bien commun, le droit doit être simple, connu et compris par les sujets de droit (*The Doctor and Student, op. cit.*, p. 346 : « And the more plain and open that the law is, and the more knowledge and understanding that the subject hath of the law, the better it is for the common weal of the realm; and the more uncertain that the law is in any realm, the less and the worse is it for the common weal of the realm »).

⁸⁶⁵ J. FORTESCUE-ALAND, « The Preface », in J. FORTESCUE, *The Difference Between an Absolute and Limited Monarchy; As it more particularly regards the English Constitution*, Ed. W. Bowyer, Londres, 1714, p. ii-x.

« d'une vérité incontestable ». Ce qui rend les lois « variables, fautives, inconséquentes », selon lui, « c'est qu'elles ont été presque toutes établies sur des besoins passagers, comme des remèdes appliqués au hasard, qui ont guéri un malade et qui en ont tué d'autres⁸⁶⁶ », laissant sous-entendre que ce problème peut être surmonté. Dans son dictionnaire philosophique, il affirme avoir « trouvé dans les papiers d'un jurisconsulte » des notes « qui méritent peut-être un peu d'examen », et contiennent notamment l'exigence que « toute loi soit claire, uniforme, et précise : l'interpréter c'est presque toujours la corrompre⁸⁶⁷ ». Fortescue Aland comme Voltaire défendent une logique cartésienne de la sécurité juridique, tout comme Montesquieu qui l'articulera à sa logique subjective, scellant pour longtemps leurs destins dans la pensée juridique continentale.

210. — Charles-Louis de Secondat, baron de Montesquieu, est l'auteur d'une des contributions majeures à la théorie politico-juridique du XVIII^e siècle en théorisant le principe de la séparation des pouvoirs⁸⁶⁸. Après avoir distingué les fonctions législative, exécutive et judiciaire, le juriste français affirme que la liberté politique de chaque citoyen « est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté » et qui n'est possible qu'à condition « que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen ». Or, il n'y aurait pas de liberté si la même personne ou le même corps exerçait davantage qu'une de ces fonctions : « Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers ». Évoquant la puissance de juger, Montesquieu aura ces paroles célèbres, selon lesquelles les juges ne sont « que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent

⁸⁶⁶ VOLTAIRE, « Remarques pour servir de supplément à l'essai sur les mœurs... », *op. cit.*, p. 389-391.

⁸⁶⁷ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Mesnard et Desenne, Paris, 1827, v^o Lois civiles et ecclésiastiques, p. 257 et 259 (publié pour la première fois en 1764).

⁸⁶⁸ Malgré le plaidoyer de Montesquieu, la distinction des fonctions exécutive et judiciaire après la Révolution française ne fut pas acquise sans difficulté (S. RIALS, « L'office du juge », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n^o 9, 1989, p. 7 ; M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 355-357).

modérer la force ni la rigueur⁸⁶⁹ ». Il convient de bien comprendre l'articulation des postulats qui sous-tendent une telle affirmation. La conception dominante est alors la suivante : les hommes, libres, rationnels et titulaires de droits naturels, ont conclu un contrat social par lequel certains pouvoirs ont été confiés à une autorité avec le mandat bien déterminé de protéger cette liberté et ces droits⁸⁷⁰. Il faut encore préciser qu'il règne, dans la France de l'époque, une certaine méfiance envers les juges en raison des bâtons qu'ils mettent dans les roues royales⁸⁷¹. Enfin, le contexte intellectuel promeut la conviction qu'il est possible d'élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques, véritables axiomes euclidiens dont peuvent être déduits logiquement les conséquences applicables aux actes que ces lois régissent. Montesquieu nous offre probablement, à cet égard, la meilleure preuve de la confusion ambiante :

Les lois, dans la signification *la plus étendue*, sont les rapports *nécessaires* qui dérivent de la *nature des choses* : et, dans ce sens, *tous les êtres ont leurs lois*, la Divinité a ses lois ; *le monde matériel a ses lois* ; les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois ; les bêtes ont leurs lois ; *l'homme a ses lois*. [...] Un tel être pouvait, à tous les instants, oublier son créateur ; Dieu l'a rappelé à lui par les lois de la religion. Un tel être pouvait, à tous les instants, s'oublier lui-même ; les philosophes l'ont averti par les lois de la morale. Fait pour vivre dans la société, il y pouvait oublier les autres ; les législateurs l'ont rendu à ses devoirs par les lois politiques et civiles⁸⁷².

Dès lors que le pouvoir de faire des lois, ces « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses », revient exclusivement à la puissance législative, l'intervention des juges doit être réduite à une intervention mécanique, afin d'éviter toute interférence dans l'application

⁸⁶⁹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 2008, Livre XI, ch. VI, p. 244-256. Sur la relativisation de la conception du juge comme bouche de la loi dans l'œuvre de Montesquieu, voy. Fr. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, « Collection des thèses », n° 24, p. 323-330 et les références citées.

⁸⁷⁰ Sur sa conception de l'état de nature, voy. *L'esprit des lois*, *op. cit.*, Livre I^{er}, ch. I et II, p. 61-65.

⁸⁷¹ R. GROTE, « Rule of Law », *op. cit.*, p. 281-284. Ces « parlements » sont des juridictions.

⁸⁷² MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, *op. cit.*, Livre I^{er}, ch. I, p. 61 et 63 (nous soulignons).

des lois adoptées au nom du peuple⁸⁷³. L'homme ayant conclu ce contrat librement et dans un objectif précis, cette convention ne peut entraîner des conséquences inattendues pour ses cocontractants. Telle est du reste explicitement la conception de Montesquieu, qui considère que les tribunaux ne doivent pas être fixes car cette « puissance de juger, si terrible parmi les hommes », doit être « invisible et nulle », mais que les jugements doivent l'être afin d'éviter que les juges ne s'écartent des lois et ne surprennent les attentes légitimes des sujets de droit :

Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la *société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte*⁸⁷⁴.

On ne saurait surestimer l'importance de ce passage. Dans la lignée de Locke, Montesquieu défend la nécessité que le juge ne surprenne pas le justiciable, cocontractant originaire du pacte social, promouvant de la sorte la logique subjective de la sécurité juridique. Cependant, à la différence du philosophe anglais, la *confiance* ne joue pratiquement aucun rôle dans sa réflexion⁸⁷⁵. Héritier de Descartes, l'auteur de *L'esprit des lois* postule en effet que le droit est capable d'afficher les mêmes qualités de certitude, de clarté et de précision que les lois scientifiques et en conclut qu'il est possible – et donc qu'il y a lieu – de réduire le

⁸⁷³ Et tous les peuples étant différents, il en va de même des lois adoptées en son nom : « La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre » (MONTESQUIEU, *Œuvres complètes de Montesquieu : L'esprit des lois*, op. cit., Livre I^{er}, ch. III, p. 5). Selon J.M. Kelly, cette notion de contingence des lois entraînera l'idée que les institutions sont également contingentes et peuvent donc être critiquées, ce qui ne manquera pas d'inspirer les idées révolutionnaires (*A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 251).

⁸⁷⁴ MONTESQUIEU, *Œuvres complètes de Montesquieu : L'esprit des lois*, op. cit., Livre XI, ch. VI, p. 131 (nous soulignons). Selon Fr. GÉA, ce concept de fixité qui, chez Montesquieu, signifie le contraire de l'arbitraire, renvoie à la « certitude de la règle applicable, ainsi qu'à l'exigence de sécurité juridique » (*Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, op. cit., p. 329-330).

⁸⁷⁵ Il ne mobilise la notion de confiance qu'à quelques reprises, évoquant celle qu'a le peuple dans le corps législatif (Liv. XIX, ch. XXVIII, p. 446) ou dans le Prince (Liv. XII, ch. XXIII, p. 301-302), la « confiance publique » dont l'État a un « souverain besoin (Liv. XXII, ch. XVIII, p. 554) ou la « confiance que les lois ont dans le peuple, selon les climats » (Liv. XIV, ch. XV, p. 344).

juge à un organe d'application mécanique de la loi. A l'association des logiques *fiduciaire* et *subjective* de la sécurité juridique, Montesquieu substitue une articulation de ses logiques *cartésienne* et *subjective*, bientôt soutenue par les idéaux révolutionnaires qui identifieront la légitimité démocratique à la capacité prédictive du pouvoir législatif. Cette combinaison va marquer durablement le concept de sécurité juridique.

211. — Dans la foulée de l'« immortel Montesquieu », dont il reconnaît avoir suivi « les traces lumineuses⁸⁷⁶ », Cesare Beccaria plaide pour la suppression de tout risque d'abus dans l'application des lois. Dans l'esprit de son temps, le jeune juriste italien fait dériver le principe de légalité des délits et des peines du contrat social : « Les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit et [...] le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social⁸⁷⁷ ». Cependant, comme Montesquieu, ce n'est pas la confiance mais la certitude qu'il pose comme fondement de la prévisibilité de la loi. La formule est connue : « Le juge doit faire un syllogisme parfait », dont « la majeure doit être la loi générale; la mineure, l'action conforme ou non à la loi ; la conséquence la liberté ou la peine ». La recherche de certitude est, ici aussi, clairement assumée : « Si le juge est contraint de faire un raisonnement de plus, ou s'il le fait de son chef, tout devient incertitude et obscurité » et attendre de lui qu'il consulte l'esprit de la loi reviendrait à « rompre toutes les digues, et abandonner les lois au torrent des opinions⁸⁷⁸ ». Pour Beccaria, le seul interprète légitime des lois est le « souverain, c'est-à-dire le dépositaire des volontés actuelles de tous ; mais non le

⁸⁷⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (sans mention du traducteur), Ed. Guillaumin, Paris, 1870, p. 11.

⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 18. Selon A. RODGER, la consécration, par l'article VIII de la déclaration française des droits de l'homme, du principe de légalité des délits et des peines est sa première formulation dans un texte légal, et le principe ne sera traduit en latin qu'en 1801 par Feuerbach (« A time for everything under the law... », *op. cit.*, p. 65-66).

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 21-22. Dans un style alimentaire qui fait le lien entre la métaphore de Montesquieu et les critiques des réalistes américains du XX^e siècle, il écrit encore : « Chaque homme a sa manière de voir; et un même homme, en différents temps, voit diversement les mêmes objets. L'esprit d'une loi serait donc le résultat de la logique bonne ou mauvaise, d'un juge, d'une digestion aisée ou pénible, de la faiblesse de l'accusé, de la violence des passions du magistrat, de ses relations avec l'offensé, enfin de toutes les petites causes qui changent les apparences, et dénaturent les objets dans l'esprit inconstant de l'homme » (*ibid.*, p. 22).

juge, dont le devoir est seulement d'examiner si tel homme a fait ou n'a pas fait une action contraire aux lois » et de se cantonner à une interprétation littérale :

Avec des lois pénales exécutées à la lettre, chaque citoyen peut calculer exactement les inconvénients d'une mauvaise action; ce qui est utile, puisque cette connaissance pourra le détourner du crime. Il jouira avec sécurité de sa liberté et de ses biens; ce qui est juste, puisque c'est le but de la réunion des hommes en société⁸⁷⁹.

A l'instar de Montesquieu, le juriste italien défend donc que la sécurité juridique à laquelle ont droit les citoyens résultera d'une application mécanique du droit. Bien que limitée par Beccaria au droit pénal, la formule du syllogisme dépassera largement cette branche du droit pour être entérinée et généralisée à la révolution française⁸⁸⁰, où elle bénéficiera de la légitimité démocratique de ses idées, aux dépens de la logique fiduciaire de la sécurité juridique.

212. — La conception de la fonction de juger présentée par Montesquieu aura également un impact majeur outre-Manche. W. Blackstone, qui semble avoir eu connaissance de l'*Esprit des Lois*⁸⁸¹, publie peu après

⁸⁷⁹ *Des délits et des peines*, op. cit., p. 21 et 23-24.

⁸⁸⁰ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Paris, 1991, p. 14-15. Selon le Constituant Duport, le juge « est celui qui réalise et réduit en acte les décisions abstraites de la loi; à partir d'un fait constaté et d'une règle tenue pour applicable à ce fait, il tire la conclusion d'un raisonnement et rend, ainsi, son jugement » (mémoire présenté le 27 mars 1790 à l'Assemblée constituante, cité par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 388). Le syllogisme judiciaire fut repris par M. Garat l'Aîné, en réponse aux plans présentés par MM. Duport et Siéyès à l'Assemblée nationale pour l'organisation du pouvoir judiciaire (voy. la citation dans F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le juge entre ordre et désordre », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 68). P. Brunet relève que ce syllogisme est une des incarnations du « modèle déductif auquel se trouvèrent soumises toutes les disciplines de l'esprit à partir du XVIII^e siècle » (« Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197). Comme le relève B. Frydman, le syllogisme va bouleverser « l'économie du raisonnement juridique », en imposant une direction unilatérale au raisonnement judiciaire (du général vers le particulier), en formalisant la séparation du fait et du droit, en occultant la dialectique propre à la procédure judiciaire et en théorisant « une alternative à l'interprétation, comme principe et méthode du raisonnement juridique » (*Le sens des lois*, op. cit., p. 279-281).

⁸⁸¹ D.W. CARRITHERS, M.A. MOSHER et P.A. RAHE, *Montesquieu's Science of Politics: Essays on The Spirit of Laws*, Rowmand and Littlefield Publishers, Oxford, 2001, p. 2. L'*Esprit des Lois*, publié en 1748, avait fait l'objet d'une traduction par Thomas Nugent dès 1750.

ses *Commentaries on the Laws of England*, un des classiques de la théorie juridique anglaise. Il y refuse tout pouvoir créateur dans le chef des juges, qu'il qualifie de « dépositaires des lois », ou encore d'« oracles vivants ». Leur rôle est de permettre que les coutumes et maximes juridiques soient connues mais ils sont liés par les précédents qui ne sont pas clairement contraires à la raison ou au droit divin. Même dans ce cas, cependant, le juge ne crée pas une nouvelle loi mais évite toute mauvaise interprétation du droit ancien. Si la décision précédente s'avère manifestement absurde ou injuste, c'est qu'elle ne constituait pas du droit⁸⁸². La théorie de Blackstone, qualifiée par certains auteurs de « déclaratoire » aura énormément d'influence, notamment aux États-Unis, où la sécurité juridique jouera un rôle largement méconnu⁸⁸³.

213. — Dans les théories de Montesquieu comme de Blackstone, la certitude du droit requiert du juge qu'il ne soit que l'intermédiaire passif (bouche ou oracle) par lequel les règles de droit sont appliquées aux cas particuliers⁸⁸⁴. La certitude du droit joue donc un rôle fondamental en droit anglais et il est intéressant de constater qu'une des premières

⁸⁸² W. BLACKSTONE, *Commentaries on Laws of England*, 6^e éd., Londres, 1825, p. 69-70. En ce qui concerne la théorie du contrat social, il n'accorde que peu de crédit à l'hypothèse d'une époque où les hommes se seraient réunis pour conclure un contrat originel mais considère cependant que c'est la perception par les individus de leur faiblesse et de leur imperfection qui tient l'humanité ensemble et fournit une fondation solide et naturelle, ainsi que le ciment, de la société civile. Ce qu'il entend donc par le contrat social est l'acte d'association, postulé en nature et en raison à défaut d'avoir été exprimé formellement, selon lequel la communauté doit veiller aux droits de chaque individu en échange de leur soumission à ses lois (*ibid.*, p. 47-48).

⁸⁸³ C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *U. Mo. Kan. City L. Rev.*, 1968, p. 41. B.H. Levy relève que la théorie de Blackstone reflète la conception mécanique de la nature de son siècle (« If law, like nature, were mechanical, then it is only natural that judge should be an automaton ») et regrette son emprise sur la doctrine américaine, forçant les juristes à des circonlocutions qui « embarrasseraient un scolastique médiéval » (« Realist Jurisprudence and Prospective Overruling », *Penn. L. Rev.*, 1960, p. 2-4, trad. libre).

⁸⁸⁴ Pour M. TROPER, la conception de la liberté politique chez Montesquieu, c'est le fait d'être soumis exclusivement aux lois de sorte que l'on peut prévoir toutes les conséquences juridiques de nos actions : « La liberté politique, qui se confond alors avec la sécurité juridique, est préservée, quel que soit le contenu des lois » (« Le concept d'État de droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 15, 1992, p. 59). G. RADBRUCH dit de Blackstone qu'il est « dominé par le souci de la sécurité juridique » (« La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *op. cit.*, p. 94). Pour le réaliste J. FRANK, la négation du pouvoir créateur du juge est la conséquence directe du besoin de sécurité juridique et de son refus de l'imprévisible et

occurrences des termes « *legal certainty* » apparaît dans l'introduction de la traduction du *Traité des Obligations* de Pothier, sous la plume d'un juriste anglais qui revendique l'avantage, en termes de sécurité juridique, qu'offre le droit jurisprudentiel de la *Common law* sur la conception française. Selon W.D. Evans, les « objectifs très importants de la sécurité juridique sont grandement favorisés » lorsqu'il est accordé une « autorité législative » à des décisions juridictionnelles relatives à une situation existante plutôt qu'aux spéculations théoriques d'écrivains isolés⁸⁸⁵. Il demeure donc une différence importante entre les versions occidentale et insulaire, qui révèle une conception radicalement distincte de la rationalité juridique : ce sont les lois, d'un côté, les coutumes et les précédents, de l'autre, que le juge doit appliquer de façon aussi fidèle que possible. A la fin du siècle, le juriste irlandais Burke, d'abord favorable à la Révolution française, changera radicalement d'avis lorsqu'il prendra connaissance de ses dérives. Il prendra alors la défense des cultures juridiques qui, à l'instar du modèle anglais, se sont développées de façon organique, contre les systèmes qui prétendent être construits à partir de la raison ou de l'ordre naturel. Il fait l'apologie de la tradition, qui permet de sécuriser la conservation et la transmission alors que l'innovation fait table rase du passé⁸⁸⁶. En d'autres termes, le même besoin de certitude juridique pousse les juristes du continent à développer un système rationnel, fonctionnant sur le modèle déductif,

de l'incertain (*Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009, p. 38). Sur Frank, voy. *infra*, n° 264.

⁸⁸⁵ W.D. EVANS, « Introduction », in POTHIER, *A Treatise on the Law of Obligations, or Contracts*, volume 1, trad. du français par W.D. Evans, Ed. A. Strahan, Londres, 1806, p. 76 (trad. libre : « The very important purposes of legal certainty are greatly promoted [...] »). La première publication du traité de Pothier date de 1761.

⁸⁸⁶ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, J. Dodsley, Londres, 1790, p. 47-51. Ce qui ferait de lui le précurseur de l'École historique allemande du XIX^e siècle (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 274 ; F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, Londres, 1982, p. 22).

et incite les juristes anglais à privilégier la sécurité du précédent, selon une logique inductive⁸⁸⁷.

C. Les premières failles et la riposte kantienne

214. — Si le siècle des Lumières semble accorder un culte sans faille à la Raison humaine, séparée de la nature et capable d'en percevoir toutes les lois dans leur nécessité absolue, plusieurs pensées dissidentes viendront cependant interroger ce monopole de la raison et ses prétentions prédictives⁸⁸⁸. À côté de la conception dominante, une attitude probabiliste et statistique, qui n'est pas anti-rationnelle, va commencer à infiltrer les différents champs de la pensée à partir des travaux de Fermat et Pascal, même si elle n'écloiera surtout qu'au siècle suivant⁸⁸⁹. Vers la fin du XVIII^e siècle se profile un courant de pensée, le Romantisme, dont Gadamer dit que nous lui devons « cette rectification apportée à l'*Aufklärung*, en vertu de laquelle la tradition aussi conserve un droit à côté des arguments rationnels⁸⁹⁰ ». En droit, James Madison est conscient des limites de certitude que peut offrir la science juridique, par rapport aux sciences exactes. Même les meilleures lois, observe-t-il, demeurent plus ou moins obscures et équivoques jusqu'à ce que leur sens soit éclairé par des délibérations et des jugements. Cette obscurité

⁸⁸⁷ *Stare decisis* : s'en tenir à ce qui a été décidé. G. RADBRUCH estime que l'accent « posé sur la rigidité et sur la certitude sont en même temps la cause et la justification du droit du précédent en Angleterre », qui constitue « une limite jurisprudentielle à la place de la rigidité législative qui lui manquait [...] en se fondant sur une volonté de sécurité bien plus forte que jamais l'esprit continental n'en eut besoin » (« La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *op. cit.*, p. 89).

⁸⁸⁸ Il s'agit des « premiers » doutes depuis le projet cartésien. Cette limite de la raison était déjà connue d'Aristote et avait été pointée par saint Thomas et Montaigne.

⁸⁸⁹ J.-P. CLÉRO, « Une hypothèse sur l'éclipse de la notion de contrat social », in *L'idée de contrat social*, *op. cit.*, p. 111. Les membres de la Nouvelle Académie de Carnéade estimaient déjà au II^e siècle avant J.-C. qu'ils devaient régler leur vie sur le critère du probable (SEXTUS EMPIRICUS, *Hypotyposes*, I, 231, in J.-P. DUMONT, *Les sceptiques grecs*, *op. cit.*, p. 34).

⁸⁹⁰ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, *op. cit.*, p. 302. Parmi les figures de proue de ce nouveau mouvement, qui se développera surtout au siècle suivant, figurent, on l'a vu, Rousseau mais également, en Allemagne, Goethe et Schiller (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 252-253 ; *Histoire de l'Europe*, *op. cit.*, p. 290). Selon Toulmin, le romantisme offre plutôt une image inversée du rationalisme plutôt qu'une véritable rupture : en exaltant les émotions aux dépens de la raison, les romantiques restaient inscrits dans le dualisme moderne (*Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 148).

n'est pas seulement due à la complexité des objets traités par les lois, mais également au médium utilisé pour exprimer les idées, à savoir le langage, qui n'est jamais assez riche pour fournir des mots aux idées les plus complexes ou assez correct pour éviter d'inclure des mots renvoyant à des idées différentes et équivoques⁸⁹¹.

215. — C'est cependant du philosophe écossais David Hume que viendra l'attaque la plus systématique et la plus argumentée contre le modèle scientifique fondé sur la causalité mécaniste, mais également contre le droit naturel et le contrat social. Selon lui, tous les objets de la raison humaine peuvent être divisés en deux catégories : les relations d'idées (*Relations of Ideas*) et les questions de fait (*Matters of Fact*). Des premières relèvent les sciences de la géométrie, de l'algèbre et de l'arithmétique ainsi que toute science qui est certaine, de façon intuitive ou argumentée. Les secondes reposent sur des raisonnements fondés sur la relation de cause à effet. Or, poursuit-il, la connaissance de cette relation de causalité, comme celle de toutes lois de la nature, ne peut être obtenue par des raisonnements *a priori* mais uniquement par l'expérience, lorsque nous constatons que des objets particuliers sont, de façon récurrente, reliés l'un à l'autre. Selon lui, bien que l'être humain puisse simplement observer la régularité d'un fait qui en suit un autre et soit incapable de connaître les causes premières, il ne peut s'empêcher de voir, dans ces enchaînements répétés, des causes et des effets, opérant avec « la plus grande certitude » et la « plus forte nécessité ». Il semble en outre à Hume que tout philosophe cohérent devrait appliquer le même raisonnement aux actions et aux volontés des hommes, d'autant que la plupart de celles-ci peuvent être expliquées par quiconque connaît toutes les circonstances de leur caractère et de la situation. Il relève du reste que ce type de raisonnement expérimental par inférence est appliqué tous les jours par tout le monde afin d'anticiper les comportements des autres individus⁸⁹². Selon le philosophe

⁸⁹¹ *The Federalist Papers*, art N° 37 (J. Madison).

⁸⁹² D. HUME, *Essays, Literary, Moral, and Political*, Ward, Lock and Tyler, Londres, 1875 (?), Essai XXXIX, p. 321-363. Selon Ch. M. YABLON : « Since Hume, it has generally been understood that the assertion of a causal relationship between two events or conditions does not imply any logical necessity or the existence of any unobserved power in the first event to bring about the latter » (« The Indeterminacy of the Law : Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation », *Cardozo L. Rev.*, 1984-1985, p. 923).

écossais, le comportement humain n'est pas dicté par le droit naturel⁸⁹³. L'homme agit la plupart du temps en fonction de ses motivations et inclinations du moment. Il est possible qu'il étende ses motifs à d'autres circonstances jusqu'à former des règles plus générales mais celles-ci restent toujours flexibles et permettent des exceptions⁸⁹⁴. Il convient à cet égard de rappeler que Hume considère qu'il est impossible de tirer le devoir être (*ought*) de l'être (*is*)⁸⁹⁵. Il en conclut dès lors que « les lois de justice, étant universelles et tout à fait inflexibles, ne peuvent jamais dériver de la nature, ni être le fruit immédiat de quelque motif ou inclination naturelle » mais qu'elles « sont artificiellement inventées et sont contraires aux principes communs de la nature humaine, lesquels s'accommodent eux-mêmes aux circonstances, ne se définissant pas selon une méthode d'application invariable⁸⁹⁶ ».

Enfin, le célèbre empiriste étend sa critique à la théorie du contrat social et ce, malgré son succès sur le continent⁸⁹⁷. S'il ne nie pas que le consentement du peuple ait pu, dans l'histoire, constituer une des fondations du gouvernement, il estime que cela n'a été que rarement le cas et encore, jamais de façon exclusive. Il s'étonne en outre qu'un acte de l'esprit que tout individu est censé avoir formé pour conclure le contrat originel soit autant ignoré et compare la possibilité pour un paysan ou un artisan de quitter librement son pays, à l'homme qui, emporté pendant son sommeil sur un bateau, aurait librement choisi de sauter dans l'océan pour y périr. Pour Hume, l'unique raison de l'obéissance à un gouvernement est le fait que la société ne pourrait subsister autrement et il ne voit aucun fondement à la réponse donnée par les théoriciens, selon laquelle il s'agirait de l'obligation de tenir ses promesses⁸⁹⁸.

216. — Paradoxalement, ce sont précisément les attaques de Hume qui ont tiré un des plus grands philosophes de tous les temps de son

⁸⁹³ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 271.

⁸⁹⁴ D. HUME, *Moral Philosophy*, Hackett Publishing, Indianapolis, 2006, p. 121.

⁸⁹⁵ D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Allman, Londres, 1817, p. 172.

⁸⁹⁶ La traduction est de H. Kelsen, qui adoptera la distinction de Hume entre *is* et *ought* (« Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », op. cit., p. 148). Sur Kelsen, voy. *infra*, n° 251.

⁸⁹⁷ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 254-255.

⁸⁹⁸ D. HUME, *Essays, literary, moral, and political*, op. cit., p. 271-280 (« You find yourself embarrassed, when it is asked, why are we bound to keep our word? »).

« sommeil dogmatique⁸⁹⁹ ». Emmanuel Kant opère, selon ses propres termes, une révolution copernicienne en mettant le sujet au centre du processus de connaissance. Ce n'est, en effet, pas le monde qui s'impose à notre entendement mais ce dernier qui l'appréhende par l'intermédiaire des deux formes *a priori* de l'intuition, que sont l'espace et le temps, et des catégories pures de l'entendement, parmi lesquelles se trouve le principe de causalité⁹⁰⁰. Notre connaissance est donc limitée aux choses telles que notre entendement les perçoit, les objets du monde sensible (phénomènes) et ne peut avoir accès aux choses en soi (noumènes), dont font partie Dieu et la liberté. Cette distinction lui permet en outre d'éviter la contradiction entre causalité naturelle et liberté humaine : « Si la nécessité n'est rapportée qu'à des phénomènes, et la liberté qu'à des choses en soi, il n'y a pas contradiction, quoiqu'on admette ou qu'on accorde deux espèces de causalité, si difficile ou impossible qu'il puisse être de concevoir celle de la dernière espèce⁹⁰¹ ». Avec Kant, relève J. Dewey, la quête pour la certitude était

⁸⁹⁹ E. KANT, *Prolegomènes à toute métaphysique future qui aura le droit de se présenter comme science*, trad. par J. Tissot, Librairie Ladrangé, Paris, 1865, p. 16 : « J'avoue de grand cœur que c'est à l'avertissement donné par David Hume que je dois d'être sorti depuis bien des années déjà du sommeil dogmatique, et d'avoir donné à mes recherches philosophiques dans le champ de la spéculation, une direction toute nouvelle. »

⁹⁰⁰ *Ibidem*, p. 97-101 et 110 («... sur les lois primitives de l'entendement ; il paraîtra tout d'abord étrange, quoique rien ne soit plus certain, que je dise de ces dernières que l'entendement ne tire pas ses lois (*a priori*) de la nature, mais qu'il les lui impose »). Selon J. DEWEY, il serait plus exact de parler de révolution ptoléméenne, étant donné le déplacement que Kant opère de Dieu vers l'homme (*The Quest for Certainty*, *op. cit.*, p. 288).

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 145. Le fait précisément que les êtres humains soient libres permet de « dicter à l'avance ce qu'ils doivent faire » mais non de « prédire ce qu'ils feront », ce qui « serait le point de vue de la Providence, qui se situe au-delà de toute sagesse humaine, et qui s'étend aussi aux libres actions de l'homme que celui-ci peut sans doute voir mais non prévoir avec certitude (pour l'œil de Dieu, il n'y a là aucune différence) ; parce que dans ce dernier cas il lui faut l'enchaînement d'après les lois naturelles, mais en ce qui concerne les actions libres à venir, il doit se passer de cette direction ou indication » (E. KANT, *Le conflit des facultés*, in *Œuvres philosophiques*, Gallimard, Paris, 1980-1986, t. III, p. 892-893). Définie négativement, « la liberté de l'arbitre est son indépendance, quant à sa *détermination*, de tous les mobiles sensibles ». Dans une acception positive, la liberté, qui est un « pur concept de la raison » et une condition d'imputation de l'action, est la « faculté de la raison pure d'être elle-même pratique » ou encore la « volonté pure, en laquelle les concepts et les lois éthiques ont leur origine » (E. KANT, *Métaphysique des mœurs, première partie : doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Vrin, Paris, 1971, p. 87-88, 95 et 98).

atteinte: une certitude cognitive dans la région des phénomènes et une certitude pratique dans le royaume de l'autorité morale⁹⁰². Sur le plan juridique, celui qui fut le « plus grand prophète du rationalisme juridique⁹⁰³ » définit le droit comme étant « l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de liberté ». Selon lui, le principe universel du droit énonce qu'est « juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle », qu'il formule comme suit: « Agis extérieurement de telle sorte, que le libre usage de ton arbitre puisse coexister avec la liberté de tout un chacun suivant une loi universelle⁹⁰⁴ ». A côté des lois positives, il distingue également des lois naturelles « dont l'obligation peut être reconnue a priori par la raison, même sans législation extérieure⁹⁰⁵ ». Le philosophe allemand peut donc être rattaché à l'École du droit naturel moderne, en ce qu'il conçoit le droit comme une construction purement rationnelle, dont le point de départ est l'individu⁹⁰⁶. Comme d'autres jusnaturalistes, il adhère à la théorie du contrat social et considère que l'homme doit quitter l'état de nature et entrer dans l'état civil pour que ce qui doit être reconnu à chacun comme étant le sien puisse être « *légalement* déterminé » et

⁹⁰² J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 60.

⁹⁰³ M. VILLEY, « La "Rechtslehre" de Kant dans l'histoire de la science juridique », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, op. cit., p. 144-149. S'il reconnaît qu'on peut « légitimement parler d'un envahissement de la science juridique contemporaine par la philosophie kantienne », M. Villey estime qu'elle comporte de nombreuses erreurs en droit romain et marque « l'apogée de l'ignorance du droit » (*idem*).

⁹⁰⁴ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, première partie: doctrine du droit*, op. cit., p. 104-105. Selon Kant, le « principe suprême de la doctrine des mœurs » est un impératif catégorique qui énonce: « Agis d'après une maxime, qui puisse valoir en même temps comme une loi universelle! » (*ibid.*, p. 99-100). Ricœur relève que, alors que la théorie de la justice d'Aristote tirait son sens « du cadre téléologique de pensée qui la met en rapport avec le bien », Kant opère un renversement de priorité au bénéfice du juste, dans un cadre de pensée déontologique (*Le Juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995, p. 71).

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 99. Il reconnaît la possibilité de concevoir uniquement des lois positives mais à condition qu'il existe au moins une loi naturelle pour fonder l'autorité du législateur (*idem*). Plus loin, il écrit encore que le droit, comme « science systématique se divise en droit naturel qui ne repose que sur des principes *a priori* et droit positif (statutaire) qui procède de la volonté du législateur » (*ibid.*, p. 111).

⁹⁰⁶ M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, op. cit., p. 141-142 et 150.

« assuré par un *pouvoir* suffisant⁹⁰⁷ ». Cependant, à la différence de Locke et dans la lignée de Hobbes, il estime que, dans l'État, le souverain n'a que des droits envers les sujets et pas de devoirs, et qu'il n'existe donc pas d'opposition légale du peuple, ni de droit de rébellion ou de sédition⁹⁰⁸. Cette subordination des droits individuels à la norme étatique fait dire à plusieurs auteurs que Kant opère de la sorte, dans le prolongement de Hobbes, le passage du droit naturel moderne vers le positivisme juridique⁹⁰⁹. Si le penseur allemand ne fait guère avancer la cause de la logique subjective de la sécurité juridique, sa distinction entre noumènes et phénomènes propose une voie de conciliation entre liberté humaine et causalité naturelle et permet, d'une certaine façon, de redonner un nouveau souffle à la quête rationnelle de la certitude. Surtout, Kant ajoute une pierre de taille à l'édifice qui se construit à la gloire de l'individu, désormais sujet actif de sa connaissance.

⁹⁰⁷ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, première partie: doctrine du droit*, op. cit., p. 194. Kant, qui avait connaissance des écrits de Rousseau, définit comme suit le contrat social : « L'acte par lequel un peuple se constitue lui-même en État, à proprement parler l'Idée de celui-là, qui seule permet d'en penser la légalité, est le contrat originaire, d'après lequel tous (*omnes et singuli*) abandonnent dans le peuple leur liberté extérieure, pour la retrouver derechef comme membres d'une république » (*ibid.*, p. 198). Sur le fait que Kant, à la différence de Hobbes, conçoit le contrat social comme une fin en soi, à la différence du contrat privé, voy. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997, p. 108 ; S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, Paris, 1996, p. 159-160.

⁹⁰⁸ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, première partie: doctrine du droit*, op. cit., p. 201-203. Il estime ainsi qu'on ne saurait remédier à un problème d'équité, cette « divinité muette qui ne peut être entendue », par la voie du droit car elle relève du seul tribunal de la conscience (*ibid.*, p. 108-109).

⁹⁰⁹ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 352 ; M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, op. cit., p. 145 et 155. Pour Habermas, chez Kant comme chez Rousseau, « il existe entre les droits de l'homme fondés moralement et le principe de la souveraineté populaire une relation de concurrence inavouée » (*Droit et démocratie*, op. cit., p. 110). Selon P. COSTA : « Regardless of the diversities of contexts and outcomes, the relationship between sovereignty, law, and freedom was the heart of the eighteen-century representation of the political order. According to Kant, the ultimate conundrum was how to combine sovereign power with individual freedom » (« Rule of Law... », op. cit., p. 85).

Section 2. — Le positivisme historique du XIX^e siècle

217. — A l'instar du siècle qui le précède, le XIX^e siècle poursuit la quête de certitude inaugurée par la révolution scientifique, même si les failles se multiplient (A). Dans le champ juridique, les courants de pensée se diversifient mais l'importance accordée à la certitude du droit ne diminue pas, au contraire, et s'incarne dans un concept dont le succès ne se démentira pas par la suite : l'État de droit (B). Sur le plan de la sécurité juridique, la logique fiduciaire a définitivement laissé la place à sa logique cartésienne. Si la logique subjective paraît pouvoir être déduite de l'État de droit, elle reste assez théorique et subit le retour clandestin de la logique politique avec la mise en place d'États-nations en quête de légitimité et d'effectivité.

A. Mise en contexte

1. Le contexte historico-politique

218. — Le XIX^e siècle trouve une Europe en guerre. La révolution française a d'autant plus terrifié le reste des nations du continent qu'elles ont échoué à la contenir. Au contraire, les armées françaises, menées par Napoléon, se voient auréolées de succès bien au-delà des frontières de l'hexagone. La défaite finale de l'empereur français en 1815 mène au Congrès de Vienne, à l'issue duquel les puissances victorieuses, soit l'Angleterre, la Prusse, la Russie et l'Autriche parviennent à un accord qui permet une relative stabilité dans les affaires européennes. A l'exception des guerres, assez localisées, de Crimée (1853-1856) et franco-prussienne (1870-1871), les nations du vieux continent ne se trouveront plus impliquées dans un conflit de grande ampleur avant la première guerre mondiale, un siècle plus tard. La paix internationale ne doit toutefois pas masquer les troubles internes qui, en 1848, entraînent

l' « année des révolutions ». Si aucune n'aboutit, sauf en France⁹¹⁰, la bourgeoisie libérale obtient néanmoins plusieurs concessions dans la plupart des États, comme une constitution écrite et un élargissement progressif du suffrage universel. Les plus grands changements auront lieu en Allemagne, avec l'émergence d'un empire allemand sous Bismarck, et en Italie, avec l'instauration d'un royaume national unitaire gouverné par la maison de Savoie, sans oublier la création de la Belgique en 1831 ainsi que du royaume des Pays-Bas sur les ruines des anciennes Provinces-Unies. Le XIX^e siècle est encore marqué par une urbanisation importante, un développement économique et industriel quasi-généralisé, favorisé par les rentrées des colonies et d'importantes avancées sur le plan technique, qui auront un impact considérable sur le développement de la question sociale⁹¹¹.

2. La quête de certitude

219. — Sur le plan intellectuel, le XIX^e siècle est le digne héritier des deux siècles qui le précèdent, en ce qui concerne le culte dont fait l'objet la Raison. Dans le droit fil des pensées déterministes de Spinoza, mais dans une version laïque⁹¹², Pierre-Simon de Laplace, mathématicien, astronome et physicien français, écrit en 1814 qu'une « intelligence qui pour un instant donné connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ses données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l'univers et ceux du plus léger atome: rien ne serait incertain pour elle, et l'avenir comme le passé serait présent à ses yeux⁹¹³ ».

220. — Malgré le discrédit infligé par Hume à la notion de causalité, l'objectif intellectuel d'améliorer la capacité humaine de prédiction ne

⁹¹⁰ La France connaît un siècle assez agité puisque s'y enchaînent, après la défaite de Napoléon, la Restauration des Bourbons (1814-1830), les Cent-Jours de Napoléon (1815), la monarchie de Juillet (1830-1848), la Deuxième République de Louis-Napoléon Bonaparte (1848-1852), le Second Empire du même Napoléon (appelé Napoléon III, de 1852 à 1870) et la Troisième République (1870-1914).

⁹¹¹ Sur tous ces événements, voy. *Histoire de l'Europe*, *op. cit.*, 298-325.

⁹¹² Il aurait répondu à Napoléon, qui l'avait interrogé sur l'absence de Dieu dans ses ouvrages, n'avoir pas « eu besoin de cette hypothèse » (R. DAWKINS, *The God Delusion*, New York, First Mariner Books, 2008, p. 68).

⁹¹³ P.-S. LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, Ed. Bachelier, Paris, 1825, p. 3-5.

disparaît pas. Si cet objectif était associé à la connaissance des causes aux XVII^e et XVIII^e siècles, la critique du philosophe écossais incite les penseurs à s'adapter, d'autant que Hume lui-même invitait à considérer de la même façon les enchaînements récurrents des faits du monde sensible et des actions humaines⁹¹⁴. Telle semble bien être la conception adoptée par Auguste Comte, fondateur de la sociologie. Dans ses *Cours de philosophie positive*, publiés entre 1830 et 1842, il écrit que « tous les bons esprits reconnaissent aujourd'hui que nos études réelles sont strictement circonscrites à l'analyse des phénomènes pour découvrir leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations constantes de succession et de similitude, et ne peuvent nullement concerner leur nature intime, ni leur cause, ou première ou finale, ni leur mode essentiel de production⁹¹⁵ ». L'esprit humain ayant fondé la physique céleste, terrestre et organique, l'objectif de Comte est, de « terminer le système des sciences de l'observation en fondant la *physique sociale*⁹¹⁶ ». Il suggère donc d'appliquer à la sociologie positive « le principe de la prévision rationnelle » qui constitue « le plus irrécusable critérium de la positivité scientifique » et de concevoir les phénomènes sociaux comme étant « aussi susceptibles de prévision scientifique que tous les autres phénomènes quelconques », en d'autres termes comme étant « inévitablement assujettis à de véritables lois naturelles⁹¹⁷ ». Il déplore le fait que l'histoire n'a cessé « d'avoir un caractère essentiellement littéraire ou descriptif » et n'a « nullement acquis une véritable nature scientifique, en établissant enfin une vraie filiation rationnelle dans la suite des événements sociaux, de manière à permettre, comme pour tout autre ordre de phénomènes, et entre les limites générales imposées par une complication supérieure, une certaine prévision systématique de leur succession ultérieure », dès lors que « semblable prévision caractérise désormais, pour toute intelligence convenablement cultivée,

⁹¹⁴ Sur Hume, voy. *supra*, n° 215. Son compatriote Adam Smith inaugurera une pensée économique axée sur la notion de choix « rationnel » plutôt que sur celle de causalité (S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 125).

⁹¹⁵ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Bachelier, Paris, 1835, t. II, 28^e leçon, p. 435-436.

⁹¹⁶ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 2^e éd., Borani et Droz, Paris, 1852, t. I, p. 26-27.

⁹¹⁷ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 5^e éd., Au siège de la société positiviste, Paris, 1893, vol. 4, 48^e leçon, p. 249 et 253. Sur l'influence de Comte sur les juristes, notamment Géný et la jurisprudence des intérêts allemande, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 446.

toute espèce quelconque de science réelle⁹¹⁸ ». Comme le relève J.C. Zambrini, en faisant de la prévision la seule fonction de la science, Comte évite la question fâcheuse de la causalité depuis que les observations de Hume en ont fait un problème philosophique⁹¹⁹.

3. Les failles : le probable, l'histoire et le soupçon

221. — Les failles du modèle cartésien commencent à se multiplier. Elles visent essentiellement le développement des probabilités, l'essor de la question historique et l'émergence de la pensée du soupçon. Même un déterministe convaincu comme Laplace reconnaît la valeur des probabilités, qui ne s'inscrit pas dans le même registre de certitude que la physique mécanique⁹²⁰. Comme le rappelle Adolphe Quételet, « nous confondons à tout instant la certitude avec la probabilité, et ce qui est probable avec ce qui n'est que possible », alors qu'il y a « une infinité d'intermédiaires entre l'impossible et l'incertain ». Il explique que la statistique fut, dans un premier temps, freinée par la conviction du libre arbitre de l'homme mais que l'expérience « prouva bientôt aux plus clairvoyants que les volontés individuelles se neutralisent au milieu des volontés générales ». Et de fait, s'interroge-t-il, « ne serait-il pas absurde de croire que, pendant que tout se fait d'après des lois si admirables, l'espèce humaine seule reste abandonnée aveuglément à elle-même, et qu'elle ne possède aucun principe de conservation ? ». Il considère que toutes les actions humaines résultent de causes qui peuvent être déterminées mais que les observations qui en résultent n'ont plus rien d'individuel⁹²¹. Vers la fin du XIX^e siècle, Henri Poincaré établit la distinction entre systèmes stables et instables, démontrant que

⁹¹⁸ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 5^e éd., *op. cit.*, 47^e leçon, p. 224-225.

⁹¹⁹ J.C. ZAMBRINI, *De l'incertitude*, Ed. Anthropos, Paris, 1982, p. 26.

⁹²⁰ A la méthode déductive privilégiée par le XVII^e siècle, « celui de tous qui fit le plus honneur à l'esprit humain » (*ibid.*, p. 261), Laplace préfère comme « moyens de parvenir à la vérité [...] l'induction, l'analogie, des hypothèses fondées sur les faits et rectifiées sans cesse par de nouvelles observations, un tact heureux donné par la nature et fortifié par des comparaisons nombreuses de ses indications avec l'expérience » (*ibid.*, p. 249, sous le titre : « Moyens d'approcher de la certitude »). Il reconnaît du reste que « presque toutes nos connaissances ne sont que probables » et que « le petit nombre de choses que nous pouvons savoir avec certitude [...] se fondent sur les probabilités » (*ibid.*, p. 1-2).

⁹²¹ A. QUETELET, *Physique sociale ou Essai sur le développement des facultés de l'homme* (1869), réédition annotée, par É. Vilquin et J.-P. Sanderson, Classe des Lettres, Académie Royale de Belgique, 1997, p. 16, 33, 37-38 et 49.

beaucoup de systèmes physiques mécaniques et apparemment déterministes sont en réalité chaotiques, c'est-à-dire que leur évolution devient, après un certain temps, infiniment sensible aux conditions de départ⁹²². Dans son *Calcul des probabilités*, il écrit : « Si nous connaissions exactement les lois de la nature et la situation de l'univers à l'instant initial, nous pourrions prédire exactement la situation de ce même univers à un instant ultérieur. Mais, lors même que les lois naturelles n'auraient plus de secret pour nous, nous ne pourrions connaître la situation qu'approximativement. [...] il peut arriver que de petites différences dans les conditions initiales en engendrent de très grandes dans les phénomènes finaux ; une petite erreur sur les premières produirait une erreur énorme sur les derniers. La prédiction devient impossible et nous avons le phénomène fortuit⁹²³ ». Avec ces théories, l'incertitude se fait une place honorable dans la pensée scientifique et le rapport entre causalité et prédiction perd son caractère nécessaire⁹²⁴.

222. — La demande d'une science de l'histoire formée par Comte reflète un changement de rapport à la question historique déjà amorcée chez Spinoza et Hegel. Comme le relève S. Toulmin, parmi les postulats de la conception moderne du monde héritée du XVII^e siècle se trouvait notamment la croyance que la nature, statique, mécanique et répétitive, obéissait à des lois fixées lors de la création et déterminant une structure inchangée établie quelques millénaires plus tôt. Ce modèle devient intenable avec certains travaux de géologie historique mais surtout avec la publication en 1859 de *l'Origine des espèces* de Charles Darwin⁹²⁵. Au XIX^e siècle, l'histoire devient ainsi « le principe de toute connaissance⁹²⁶ ». Symptomatique de cette évolution est l'herméneutique, cette « discipline classique qui s'occupe de l'art de comprendre les textes » et qui, selon H.G. Gadamer, va subir une « métamorphose essentielle » entre les Lumières et le romantisme, pour devenir « la

⁹²² I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, op. cit., p. 44 ; B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », op. cit., p. 23.

⁹²³ H. POINCARÉ, *Calcul des probabilités*, Gauthier-Villars, 1912, p. 5.

⁹²⁴ Sur la question, voy. notamment *Encyclopædia Universalis*, v^o causalité.

⁹²⁵ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 110 et 123-125. F.A. HAYEK insiste sur le fait que Darwin s'est inspiré des sciences sociales et pas l'inverse (*Law, Legislation and Liberty*, op. cit., p. 23).

⁹²⁶ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 351. Selon M. GAUCHET, l'idée d'histoire est née de l'intégration de la critique contre-révolutionnaire à l'idée de progrès (*La condition historique*, op. cit., p. 312).

base de tous les travaux dans les sciences de l'esprit⁹²⁷ ». Des auteurs comme Friedrich Schleiermacher et Wilhelm Dilthey vont promouvoir l'idée que la compréhension d'un texte exige de redécouvrir quelque chose dont le sens est devenu, dans une certaine mesure, étranger et inaccessible⁹²⁸. A rebours du rationalisme de l'*Aufklärung* mais dans la lignée du paradigme historique, l'Allemagne du XIX^e siècle est témoin de l'émergence d'une constellation d'esprits romantiques associés à une sorte d'attachement sentimental aux rues pittoresques et au château en ruines de Heidelberg et la promotion d'un « *Volksgeist* », esprit du peuple quasi-mystique⁹²⁹.

223. — Les penseurs du soupçon vont contester les prétentions du mouvement herméneutique en considérant qu'il importe davantage de découvrir ce que l'auteur a cherché à cacher que ce qu'il a voulu dire. Ils vont surtout ébranler les prétentions hégémoniques de la raison. Karl Marx, Friedrich Nietzsche et Sigmund Freud montrent en effet que la conscience n'est pas transparente à elle-même et donc que le sens ne correspond pas nécessairement à ses manifestations. Comme l'a écrit P. Ricœur, ils « reprennent, chacun dans un registre différent, le problème du doute cartésien, pour le porter au cœur même de la forteresse cartésienne⁹³⁰ ». Nietzsche, qui a annoncé la mort de Dieu⁹³¹, attaque de front le projet rationnel : « Il y a une chose qui sera toujours impossible – la rationalité ! [...] Un peu de sagesse est possible ; mais

⁹²⁷ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, op. cit., p. 183-184 et 191.

⁹²⁸ Sur la question, voy. H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, op. cit., p. 80, 185-192 et 217-218 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 358-359.

⁹²⁹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 320 ; R.A. POSNER, « What has Pragmatism to Offer Law », in *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, D. Patterson (éd.), Blackwell Publishing, 2003, p. 181. Cette conception est incarnée sur le plan littéraire par les frères Grimm, Jacob étant un des fondateurs de la philologie allemande et rattaché à l'École historique de Savigny, qui fut un de ses professeurs (A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 131).

⁹³⁰ P. RICŒUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, Ed. du Seuil, 1965, p. 41. En ce qui concerne Marx, N. MAZEN se demande si, en mettant en évidence la rupture entre le particulier et l'universel, il n'a pas « indirectement mis à jour le fondement structurel de l'insécurité juridique » (*L'insécurité inhérente au système juridique*, op. cit., p. 49).

⁹³¹ A.C. HUTCHINSON, « Democracy and Determinacy: An Essay on Legal Interpretation », *U. Miami L. Rev.*, 1988-1989, p. 573 : « Nietzsche's apocalyptic announcement that 'God is dead' echoed a truth that had been long grasped by most lawyers. The belief that law represented God's design never held much sway ».

j'ai trouvé dans toutes choses cette certitude bienheureuse: elles préfèrent danser sur les pieds du hasard⁹³² ». Freud, qui vit à cheval sur le XIX^e et le XX^e siècles, propose une explication de la « genèse psychique des idées religieuses » en partant de l'enfance. Selon lui, tout enfant éprouve des craintes vis-à-vis de ses parents, surtout de son père, qui représente en même temps une protection contre les dangers extérieurs. Lorsque l'être humain, en grandissant, « voit qu'il est destiné à rester à jamais un enfant, qu'il ne pourra jamais se passer de protection contre des puissances souveraines et inconnues, alors il prête à celles-ci les traits de la figure paternelle, il se crée des dieux, dont il a peur, qu'il cherche à se rendre propices et auxquels il attribue cependant la tâche de le protéger⁹³³ ». Le père de la notion d'inconscient, s'inspirant des travaux de l'ethnologue J. Frazer, distingue trois phases dans l'histoire de l'humanité. Dans la première phase, animiste, l'homme croit en la « toute-puissance de la pensée », et il projette ses structures internes sur l'extérieur. Dans la phase religieuse, il cède cette toute-puissance aux dieux, tout en se réservant la possibilité de les influencer pour les faire agir selon ses désirs. Enfin, dans la phase scientifique, l'homme reconnaît sa petitesse même si certaines traces de l'ancienne croyance demeurent⁹³⁴. Le penseur viennois montre que l'incertitude n'est pas uniquement extérieure mais qu'elle se loge au creux de chacun. Il propose également une clé de lecture du phénomène religieux qui nous

⁹³² F. NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, in *Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche*, vol. 9, trad. par H. Albert, Société du Mercure de France, 1903, 6^e éd., p. 238.

⁹³³ S. FREUD, *L'avenir d'une illusion*, trad. par M. Bonaparte, P.U.F., Paris, 1973, 3^e éd., p. 24-33, 44-45). Il reprend cette idée ailleurs (*Totem et tabou*, trad. par S. Jankélévitch, Payot, Paris, 1965, p. 102; « D'une conception de l'univers », in *Nouvelles conférences sur la psychanalyse*, trad. par A. Berman, Gallimard, Paris, 1936, p. 222 et 224 (« notre conception religieuse du monde est déterminée par notre situation infantile).

⁹³⁴ S. FREUD, « D'une conception de l'univers », *op. cit.*, p. 224-229; S. FREUD, *Totem et tabou*, *op. cit.*, p. 99-107. Il estime que ces trois phases correspondent au développement de la libido individuelle, respectivement les stades narcissique, de la fixation de la libido aux parents et de la maturité de l'individu (*ibid.*, p. 106). Pour une analyse plus approfondie de la pertinence de cette analyse pour la théorie du droit, voy. J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison: essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 340-347.

sera utile dans notre compréhension de la survivance de la logique cartésienne du principe de sécurité juridique⁹³⁵.

B. En droit

224. — Sur le plan juridique, tant le droit naturel que l'idée de contrat social vont progressivement disparaître de la scène au XIX^e siècle, au profit des courants du positivisme juridique et, en Allemagne, de l'École historique (1). Alors que l'École historique allemande s'appuiera sur la notion romantique de *Volksgeist*, le positivisme juridique se donnera pour mission de séparer le droit et la morale en définissant le premier comme étant l'ensemble des commandements et normes émanant de l'État⁹³⁶. La notion de droits individuels, dont les théories jusnaturalistes et contractualistes ont favorisé l'éclosion, connaît un succès grandissant⁹³⁷. Il est vrai que ces droits sont, pour la plupart, explicitement consacrés dans de nombreux textes de droit positif et peuvent,

⁹³⁵ Voy. *infra*, n° 295. Pour M. Gauchet, la sortie de la religion, qui est en fait la sortie d'une humanité se définissant par rapport à une altérité constituante, c'est-à-dire le passage de l'hétéronomie à l'autonomie, ne fait pas disparaître l'altérité mais l'inscrit au cœur du sujet moderne (*La condition historique*, *op. cit.*, p. 253-267). Cette sortie se fait en trois temps : théologico-politique (1500-1650), théologico-juridique (1650-1800) et le passage subséquent à l'historicité consciente et déli-bérée (*ibid.*, p. 293).

⁹³⁶ Selon B. Frydman, ce qui est traditionnellement présenté comme la *Summa divisio* entre jusnaturalisme et juspositivisme « n'apparaît pas comme un enjeu décisif, ni même important, pour l'âge classique », le jusnaturalisme moderne étant plutôt un concept repoussoir pour les positivistes du XIX^e siècle. Ce qui distingue surtout la règle positive de la règle naturelle, ce n'est pas le contenu ni même la légitimité de la règle mais plutôt la méthode par laquelle on la connaît, à savoir le texte contraignant pour la règle positive et la raison seule pour la règle naturelle (*Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 237-238). Plusieurs auteurs observent que les deux courants partagent la même matrice idéologique (A. DUFOUR, « Droit naturel/Droit positif », *op. cit.*, p. 465), la même « présupposition dogmatique, à savoir qu'on peut atteindre à des fins justes par des moyens justes » (J. DERRIDA, *Force de loi*, *op. cit.*, p. 81-82), le même « mythe de l'objectivité absolue » (Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, « Présentation » in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit, le texte, la norme et le travail du droit*, coll. « Dikè », Presses de l'Université Laval, Québec, 2007, p. 16) ou encore le même caractère idéaliste (M. COHEN, « Positivism and the Limits of Idealism in the Law », *C.L.R.*, 1927, p. 238).

⁹³⁷ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 2008, p. 102. Selon lui, ce processus de subjectivisation « marque l'entrée des sociétés occidentales dans l'ère de la modernité » (*ibid.*, p. 100). S. Beljin relève que la distinction entre droit objectif (*law*) et subjectif (*right*), mais également entre droit (*right*) et recours (*remedy*) se développe surtout au XIX^e siècle (« Rights in EU Law », in *The*

à ce titre, se prévaloir des théories positivistes⁹³⁸. En outre, leur portée va progressivement s'étendre. Ainsi, l'industrialisation va bientôt montrer les limites de la liberté contractuelle et les efforts conjoints d'un libéralisme modéré, d'un socialisme émergent et de mouvements philanthropiques et humanitaires vont entraîner, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, le début de la législation sociale un peu partout en Europe⁹³⁹. Enfin, ce siècle verra la consécration de la notion d'État de droit (2).

1. Le positivisme et l'École historique

225. — Malgré le développement des droits individuels, la logique *subjective* du principe de sécurité juridique ne parviendra pas à prendre le pas sur sa logique *politique* qui sert dorénavant les États-nations et leurs ordres juridiques. La logique *cartésienne*, du droit en général et de la sécurité juridique en particulier, ne disparaîtra pas, malgré la remise en cause du cadre jusnaturaliste qui a permis son essor, et ce tant en France (a), qu'en Allemagne (b) ou en Angleterre (c). Elle trouvera même, dans le positivisme juridique, un creuset particulièrement propice à son maintien. Enfin, la logique *fiduciaire* du principe fera des apparitions timides, ponctuelles et, le plus souvent, implicites.

a) *Le code civil français*

226. — A tout seigneur, tout honneur, l'accomplissement juridique majeur du début du siècle est sans aucun doute le Code civil français, loué pour sa clarté et la certitude qu'il pourvoit. L'idée principale des codificateurs était en effet d'exclure l'incertitude du droit et plusieurs passages font état de ces préoccupations propres à la sécurité juridique⁹⁴⁰.

Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts, S. Prechal et B. van Roermund (éd.), O.U.P., 2008, p. 94-95).

⁹³⁸ Certes, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 indiquait déjà que « toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée [...] n'a pas de Constitution », mais elle ne donnait pas de définition de ces « Droits » (sur la question, voy. M. GRAZIADEI, « Rights in the European Landscape: A Historical and Comparative Profile », in *The Coherence of EU Law*, *op. cit.*, p. 64-65 et 68-69).

⁹³⁹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁴⁰ Selon Th. PIAZZON, « au regard de la production juridique contemporaine, le Code civil de 1804 fait figure de modèle d'accessibilité et de certitude » (*La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 99 ; 100-101).

Ils insistent sur l'importance de la stabilité des lois⁹⁴¹, des institutions, qui doivent avoir « ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes⁹⁴² » et des conventions, car dans « l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau⁹⁴³ ». Il faut éviter les lois inutiles, qui « compromettraient la certitude et la majesté de la législation⁹⁴⁴ ». L'exigence que le Code présente « la clarté et la simplicité nécessaires pour que tous les citoyens pussent en saisir facilement le sens » avait, dès le 19 novembre 1799, été exposée par un membre de la section de législation à la commission chargée de la préparation du Code⁹⁴⁵. L'importance que les lois soient publiées est également soulignée, afin que les citoyens aient l'occasion d'en prendre connaissance, les « lois ne pouvant obliger sans être connues⁹⁴⁶ ». Si ces déclarations évoquent principalement la logique *subjective* de la sécurité juridique, les accents de logique *politique* ne sont pas absents, surtout lorsqu'on les inscrit dans le contexte plus global de l'hégémonie napoléonienne. Cambacérès reconnut ainsi l'importance d'« une élocution facile dont la précision et la clarté fassent tout le mérite : cette éloquence est la seule qui convienne aux législateurs pour se faire écouter, et aux lois pour se faire entendre⁹⁴⁷ ».

Malgré l'objectif du Code, ces auteurs ne semblent pas avoir été complètement acquis à la cause de la logique cartésienne de la sécurité juridique. Il faut éviter de conclure trop vite, sur la base de sa postérité,

⁹⁴¹ « Rapport fait à la Convention nationale, sur le deuxième projet de Code civil, par Cambacérès, au nom du comité de législation », in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 109 : « Les premiers peuples ont gravé leurs lois sur la pierre et l'airain, espèce d'emblème de leur durée et de leur perpétuité ; et nous, plus éclairés, nous graverons les nôtres dans les cœurs, avec le burin de la liberté ».

⁹⁴² « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P.A. FENET, *Recueil complet, op. cit.*, p. 481 (ci-après : « Discours de Portalis »).

⁹⁴³ « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois », in P.A. FENET, *Recueil complet, op. cit.*, p. 174 (ci-après : « Discours de Cambacérès »).

⁹⁴⁴ « Discours de Portalis », p. 487.

⁹⁴⁵ Cité par P. FENET, « Précis historique sur la confection du code civil », in P.A. FENET, *Recueil complet, op. cit.*, p. lix.

⁹⁴⁶ « Discours de Portalis », p. 478-479.

⁹⁴⁷ « Discours de Cambacérès », p. 2. J.-F. GERKENS rappelle que la clarté du Code civil était une exigence de Napoléon pour qu'il soit compris par tous les Français (« De l'ambiguïté du concept d'acte juridique dans notre droit- Le langage juridique

que ce texte devait mettre un terme au pouvoir d'interprétation des juges⁹⁴⁸. D'emblée, l'exposé des motifs annonce l'esprit du Code, justifiant le maintien de règles romaines d'équité en matière contractuelle par le fait qu'elles étaient « l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes⁹⁴⁹ ». Portalis, qui a de la magistrature une vision toute autre que celle de Montesquieu⁹⁵⁰, affirme sans détour que « la raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel » et mentionne à plusieurs reprises la « raison naturelle », la « loi naturelle » ou les « principes du droit naturel ». Il avoue avoir été frappé par « l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout », alors que, si « (t)out simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre », en revanche « (t)out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre ». Il lui semble inconcevable de vouloir « enchaîner l'action du temps » ou « calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ». Il estime qu'il revient à la loi de fixer « les maximes générales du droit » et « des principes féconds en conséquences », et au magistrat de les appliquer et de les interpréter, voire de suppléer aux lacunes législatives en recourant à l'équité. Il conclura par cette phrase célèbre : « C'est à l'expérience à combler

doit-il être accessible aux non-juristes », *Revue de la faculté de droit de l'université de Liège*, 2006, p. 136-138).

⁹⁴⁸ Voy., en ce sens, J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 312.

⁹⁴⁹ Exposé des motifs, cité dans P. FENET, « Précis historique sur la confection du Code civil », *op. cit.*, p. cxxv. Sur les références à l'équité dans le Code civil, voy. J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 61; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁵⁰ On relèvera que, si les références à Montesquieu ne manquent pas, la métaphore du juge bouche de la loi est absente. En ce sens, les auteurs du Code civil français semblent avoir été plus raisonnables que ceux du code prussien de 1794. Produit des lumières absolutistes de Frédéric le Grand, sous l'influence de Voltaire et Montesquieu, son succès sera relatif vu son caractère volumineux et extrêmement précis, destiné à envisager tous les cas de figure et à priver les juges de toute discrétion (E. SCHUSTER, « The German Civil Code », *L.Q.R.*, 1896, p. 22). Ce problème n'échappa pas aux rédacteurs du Code civil, qui décrivaient le code prussien comme « une compilation dans le genre de celle qu'ordonna Justinien » mais qui « ne présentait encore nullement le modèle d'un plan simple et resserré dans les proportions convenables pour que la masse des citoyens pût le concevoir et s'en servir facilement » (Exposé des motifs, *op. cit.*, p. cxxiii).

successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas⁹⁵¹ ».

227. — Alors que le Code civil devait constituer l’accomplissement suprême de la Raison, le produit final se présente comme une savante combinaison d’anciennes coutumes germaniques du nord de la France, de droit romain et de droit canon, où la raison et le droit naturel auront finalement joué un rôle assez modeste⁹⁵². Il semblerait que Napoléon se soit exclamé, à l’annonce des premiers commentaires de son œuvre : « Mon code est perdu⁹⁵³ ». Il n’avait cependant pas à s’inquiéter car ceux-ci furent principalement le fait de l’École de l’exégèse, qui s’est surtout évertuée à commenter l’œuvre, en postulant la clarté du texte et en réduisant, de la sorte, les prérogatives de l’interprète à son sens littéral⁹⁵⁴. Comme l’écrivait Frédéric Mourlon en 1846 : « Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi, car il est institué pour juger selon elle et non pour la juger. Rien n’est au-dessus de la

⁹⁵¹ « Discours de Portalis », p. 467-477.

⁹⁵² J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 264 et 312. Ce dont était déjà conscient Portalis, qui, dans un langage qui aurait sans doute plu à Burke, reconnaissait qu’ils avaient fait une « transaction entre le droit écrit et les coutumes » et gardé ce qu’il n’était pas nécessaire de détruire : « On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace » (« Discours de Portalis », p. 481).

⁹⁵³ Fr. R. COUDERT, *Certainty and Justice*, op. cit., p. 21 ; R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur*, op. cit., p. 77. Du reste, tant Justinien que Frédéric II avaient interdit des commentaires de leur code (B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921, p. 18 ; F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham (dir.) », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 200).

⁹⁵⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 312 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit., p. 62-64. J. LENOBLE et F. OST relèvent que cette méthode tend à dissimuler la conception de l’ordre juridique et social sur laquelle elle repose, donnant « l’illusion d’une conformisation passive du juge au législateur » qui « semble garantir au mieux la sécurité juridique » (*Droit, mythe et raison*, op. cit., p. 126). R. VAN CAENEGEM cite Emile Glasson qui parlait de ces professeurs qui « enseignaient non pas le droit, mais le Code » mais observe que la situation était plus nuancée dans les cours et tribunaux, où certaines décisions continuaient à se référer au droit naturel, à l’équité naturelle, voire au *Digeste* (*Le droit européen entre passé et futur*, op. cit., p. 72 et 78-79). De manière générale, il semble qu’il faille relativiser cette présentation de l’École de l’exégèse, dont les positions étaient souvent plus subtiles (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 387-388 et 399-400 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », op. cit., p. 181).

loi et c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions sous prétexte que l'équité naturelle y résiste⁹⁵⁵ ». Cette tendance s'explique sans doute par le besoin de stabilité politique et juridique après les années de trouble, voire par une réaction conservatrice contre la Révolution française⁹⁵⁶. Dès la publication du Code, un consensus remplaça en effet rapidement les dissensions qui avaient entouré sa rédaction. Pour sauvegarder le nouvel État et le nouvel ordre social bourgeois, le code devait être protégé de toute contamination par le droit romain, canonique, coutumier et, surtout, par le droit naturel qui n'avait que trop joué son rôle de subversion sous l'ancien régime⁹⁵⁷. Une seconde explication réside dans le succès du nouveau paradigme historico-herméneutique, et dans l'importance qu'il attache à la volonté de l'auteur d'un texte. Si ce modèle philologique redonne une valeur positive et scientifique à l'interprétation juridique, il la soumet néanmoins à l'autorité du pouvoir législatif souverain⁹⁵⁸. Malgré son dédain pour les représentants de l'École de l'exégèse⁹⁵⁹, Victor Hugo n'en partage pas moins leur amour de la certitude du droit. Selon lui, le jour où cessera la « querelle du droit contre la loi », il n'y aura « (p)lus de disputes, plus de fictions, plus de parasitismes; ce sera le règne paisible de l'incontestable; on ne fera plus les lois, on les constatera; les lois seront des axiomes; on ne met pas aux voix deux et deux font quatre; le binôme de Newton ne dépend pas d'une majorité; il y a une géométrie sociale; on sera gouverné par l'évidence; le code sera honnête, direct, clair [...]»⁹⁶⁰. En dépit de la

⁹⁵⁵ F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 5^e éd., Ed. Marescq et Dujardin, Paris, 1858, p. 58-59.

⁹⁵⁶ A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 249. Conscient de ce besoin de stabilité, Louis XVIII a justifié le maintien du Code civil en ces termes: « Nous sommes trop convaincus des maux que l'instabilité de la législation peut causer dans un état, pour songer à une révision générale des cinq codes qui étaient en vigueur dans notre royaume au moment où nous avons donné à nos peuples la Charte constitutionnelle » (ord. 17 juillet 1816, citée dans « Précis historique sur la confection du code civil », *op. cit.*, p. cxxxiv).

⁹⁵⁷ R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur*, *op. cit.*, p. 77 (« La paix bourgeoise était descendue sur la France et le Livre saint était tombé du ciel. Il contenait la Loi, toute la Loi et rien que la Loi. Il symbolisait la paix, la stabilité et l'unité »). J.-M. KELLY relève le paradoxe d'une entreprise qui, destinée à produire le chef-d'œuvre de la Raison et du droit naturel, a abouti à l'éclipse de ce dernier (*A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 312).

⁹⁵⁸ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 350-352 et 390-396.

⁹⁵⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 183.

⁹⁶⁰ V. HUGO, *Actes et Paroles. Le droit et la loi*, Michel Lévy Frères, Paris, 1875, I et II.

volonté affichée par certains auteurs du Code civil, la logique *cartésienne* du droit et, en particulier, de la sécurité juridique s'est clairement imposée dans le discours juridique du XVIII^e siècle français. Dès lors qu'elle est utilisée pour garantir la stabilité, la légitimité et l'ordre du nouveau pouvoir en place, elle mobilise également la logique *politique* du principe, qui opère un retour discret sur la scène juridique.

b) Vers le code civil allemand

228. — En Allemagne, le projet scientifique de réformer les théories jusnaturalistes par le recours à la critique historique et philologique entraînera la naissance de l'École historique du droit⁹⁶¹. Elle trouve son point de départ dans une controverse entre Anton Thibaut, qui plaidait pour l'adoption d'un code civil allemand, et Friedrich Carl von Savigny, qui estimait préférable de commencer par une étude historique approfondie des institutions avant d'envisager un tel code⁹⁶². Le contexte est alimenté par une réaction contre l'universalisme du droit naturel, le rationalisme individualiste des lumières et le monopole étatique dans la production du droit, qui sont associés à la Révolution française et à la domination napoléonienne⁹⁶³. Dans le XIX^e siècle allemand, nourri de romantisme, l'École historique de Savigny conçoit le droit comme le produit et l'expression de la conscience du peuple qui, à l'instar du langage, évolue à partir des coutumes et traditions populaires⁹⁶⁴. A ce titre, il doit être l'objet d'une recherche historique qui perçoit la coutume, la

⁹⁶¹ A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, op. cit., p. 29-30.

⁹⁶² J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 321-322. Son influence sera décisive dans le report de la codification : le *Bürgerliches Gesetzbuch* n'entrera en vigueur que le 1^{er} janvier 1900.

⁹⁶³ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F., 2005, p. 99 ; A. PAPAU, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 129-131 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, p. 349 ; M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 309.

⁹⁶⁴ Selon SAVIGNY, « tout droit est engendré de la manière que le langage courant qualifie de coutumière, c'est-à-dire qu'il est produit d'abord par l'usage et l'opinion du peuple, puis par la jurisprudence » (cité par A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, op. cit., p. 236). Dans le même sens, H. KELSEN cite cette phrase de Savigny : « La coutume est la marque distinctive du droit positif elle n'est pas le fondement de sa naissance » (*Théorie pure du droit*, op. cit., p. 229). Le XIX^e siècle assiste aussi, quoique plus tard, à la naissance de la linguistique comme science avec les travaux de Ferdinand de Saussure (sur la question, voy. P. GOODRICH, « Law and Language : An Historical and Critical Introduction », *Journal of Law & Society*, 1984, p. 180).

législation et la science juridique comme des « organes de révélation du droit » qui « assument son passage de l'invisible au visible⁹⁶⁵ ». Alors que les jusnaturalistes empruntent le modèle mécaniste, l'École historique, dans la foulée notamment de Burke, adopte un modèle « organiciste », le système juridique étant perçu comme un organisme vivant, lié à la Nation, au *Volk* qui est entouré d'une sorte d'essence mystique transcendant le peuple actuel et les faits historiques⁹⁶⁶. Il peut paraître surprenant, eu égard à son attachement à une conception du droit comme particularisme national, que l'École historique ait fini par soutenir l'entreprise de codification qui aboutira à l'adoption d'un code imprégné plus que tout autre par le droit romain⁹⁶⁷. Ce serait perdre de vue l'affrontement, en son sein, de deux courants de la doctrine allemande de l'époque, à savoir les germanistes, défenseurs des libertés politiques issues des coutumes germaniques, et les romanistes, promoteurs de la loi et des vertus absolutistes et centralisatrices du droit romain. Or, ces derniers considéraient, avec Savigny et Georg Puchta, que la science du droit devait pouvoir mettre en évidence, comme pour le langage, certaines lois d'évolution qui pourraient être articulées en un système de concepts interconnectés⁹⁶⁸. Alors que les concepts juridiques de base, qui sont à l'origine des règles de droit, se situent dans

⁹⁶⁵ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 99 et 138.

⁹⁶⁶ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 320; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 129-131; A. DUFOUR, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », *op. cit.*, p. 487.

⁹⁶⁷ Cette idée de particularisme national, déjà présente chez Montesquieu, influencera également l'approche anthropologique du droit d'Henry Sumner Maine, qui propose, à la suite de Savigny, une théorie évolutionniste du droit (1861) deux ans après *The origin of Species* de Darwin (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 325-328). Selon F. HAYEK, c'est par Maine qu'une conception évolutionniste du droit est entrée dans la tradition anglaise (*Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, p. 22).

⁹⁶⁸ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 129-133. Dans son *Manifeste de l'École du droit historique*, Savigny décrit la manière de procéder des jurisconsultes romains comme présentant « une sécurité comme il ne s'en trouve nulle part ailleurs que dans les mathématiques » (cité par A. DUFOUR, « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », *op. cit.*, p. 474). On retrouve le projet formulé par A. Comte de découvrir les lois dans les phénomènes évolutifs.

l'inconscient du peuple, il serait possible, à un stade avancé de civilisation, que les juristes reprennent ce rôle de création des concepts⁹⁶⁹.

229. — La rédaction du code civil allemand, accélérée après l'unification politique de 1870, sera également influencée par l'École positiviste qui, dans la foulée de Bentham et Austin, dénoncera la confusion jusnaturaliste entre droit et raison et son fondement théologique dépassé⁹⁷⁰. Malgré plusieurs décennies de controverse, la victoire combinée des positivistes et de la branche romaniste de l'École historique entraîne le retour d'une croyance en la capacité du droit à être prédéterminé par la systématisation de concepts abstraitement définis, dotés de la propriété de garantir sa certitude⁹⁷¹. Cette évolution, qui signe la victoire de la logique cartésienne de la sécurité juridique, subira notamment les critiques de deux dissidents de l'École historique, à savoir Jellinek et Jhering. Sans être à proprement parler un dissident, Hegel proposera également une conception différente de la sécurité juridique.

230. — Le premier grand dissident de l'École historique est Rudolf von Jhering, qui dénonce sa « conception véritablement romantique », reposant sur une « fausse idéalisation des circonstances du passé », selon laquelle le droit se formerait « sans douleur, sans peine, sans action, comme l'herbe des champs » alors que le droit consiste en un conflit constant entre intérêts divergents⁹⁷². Ses idées l'amènèrent à quitter les rangs positivistes pour défendre une conception du droit comme mécanisme social pour l'harmonisation des objectifs et intérêts individuels et sociaux⁹⁷³. Dans un écrit de 1884, il livre une critique

⁹⁶⁹ Ph. HECK, « The Jurisprudence of Interests. An outline », in *The Jurisprudence of Interests*, op. cit., p. 34 ; M. RUMELIN, « Developments in Legal Theory... », op. cit., p. 14). Ce processus de construction logique a finalement créé une structure conceptuelle et abstraite, assez éloignée de la conception d'origine (J.E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », op. cit., p. 404-405).

⁹⁷⁰ Le gouvernement impérial nommera une commission chargée de la rédaction du code civil (« *Bürgerliches Gesetzbuch* ») qui sera adopté et promulgué en 1896 et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

⁹⁷¹ J.-M. KELLY relève qu'à l'instar du Code civil français, le mouvement historique allemand a évolué en positivisme (*A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 324).

⁹⁷² R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. O. De Meulenaere, Librairie Marescq Aîné, Paris, 1890, p. 8-9 et 12 («... l'école historique mériterait tout aussi bien de s'appeler l'école romantique »).

⁹⁷³ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 334. Ce qui en fait, selon certains, le précurseur de la « Jurisprudence des intérêts » (voy. *infra*, n° 254).

acerbe et humoristique de la « jurisprudence des concepts » qui résulte de la fascination partagée des positivistes et d'une partie de l'École historique pour un droit conceptuel et systématique. Il imagine ainsi la visite à sa mort d'un esprit, Psychophoros, qui propose de l'emmener dans le paradis des concepts juridiques, parfaits, purs et idéaux, après un test et un passage en quarantaine pour être certain que rien ne filtre du monde réel⁹⁷⁴. Dans ce paradis se trouvent également quelques théoriciens, la plupart d'origine allemande, qui arrivent depuis une cinquantaine d'années. Le narrateur refuse de rejoindre ce paradis et, alors qu'il s'apprêtait à accéder à celui des praticiens, où on s'intéresse aux raisons pratiques et historiques des idées, il se réveille et réalise qu'il s'était endormi d'ennui à la lecture d'un des nouveaux traités de droit romain⁹⁷⁵. Jhering n'en condamne pas pour autant l'exigence de sécurité juridique. Selon lui, au contraire, l'importance de la sécurité pour le droit est à ce point évidente qu'il peut sembler superflu de « gaspiller des mots à son sujet ». Tel est évidemment le cas au niveau économique dès lors que la valeur des choses ne dépend pas tellement de leur utilité réelle mais essentiellement de la sécurité de leur conservation. Il préfère parler de la valeur morale de la sécurité juridique, dont il souligne l'importance pour le développement du caractère⁹⁷⁶. Selon le juriste allemand, sans sécurité objective de la loi, il n'y pas de sentiment subjectif de sécurité et, sans ce dernier, le caractère ne peut s'épanouir. Il est donc essentiel que l'homme ait une *confiance* aussi solide et imperturbable dans le droit que celle qu'il a en Dieu, afin qu'à la place d'un sentiment d'angoisse et de peur, il puisse développer un sentiment

⁹⁷⁴ Les praticiens ne pourraient ni respirer ni voir quoi que ce soit dans le paradis des concepts, alors que les yeux du théoricien sont habitués à tant d'obscurité (R. VON JHERING, « In the Heaven for Legal Concepts: a Fantasy », trad. par Ch. Levy, *Temp. L.Q.*, 1985, p. 801-802).

⁹⁷⁵ Dans le paradis des concepts se trouve Puchta, mais également Savigny qui, après avoir d'abord posé quelques difficultés, a mérité sa place en empêchant le droit allemand d'effacer toute trace du droit romain. Dans ce paradis, il y a également une machine à couper les cheveux en quatre et une presse hydraulique-dialectique à interprétation, qui permet de concilier les pensées et hypothèses les plus contradictoires avec la pensée de celui qui les y injecte. Le cimetière de concepts, est vide car il n'est pas bon d'enterrer un concept, même lorsqu'il est vide de sens (*ibid.*, p. 801-809, 819 et 841).

⁹⁷⁶ R. VON JHERING, *Law as a Means to an End*, trad. par I. Husik, Modern Legal Philosophy Series, vol. V, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 1999, p. 287 (en allemand: « *Bedeutung der Rechtssicherheit für die Entwicklung des Charakters* » (*Der Zweck im Recht*, vol. I, Breitkopf & Härtel, 1884, p. 384).

immuable de sécurité⁹⁷⁷. Sa conception de la sécurité du droit diffère, cependant, de celle des positivistes dès lors qu'elle ne dépend de rien d'autre que de l'« énergie du sens national du juste⁹⁷⁸ ». Au plus le sens du juste est fort parmi la nation, au plus le droit présentera de la sécurité. La certitude du droit n'est pas fondée sur la Constitution mais sur la force qui l'anime, à savoir le peuple⁹⁷⁹. Enfin, la sécurité juridique se mérite et doit, dans une conception conflictuelle du droit, être conquise à l'issue d'un combat douloureux, parfois sanglant⁹⁸⁰. Au cours du temps, en effet, « les intérêts de milliers d'individus et de classes toutes entières se sont liés au droit existant de telle manière que celui-ci ne peut plus être aboli sans les toucher au vif » et la lutte « atteint le plus haut degré d'intensité lorsque les intérêts ont pris la forme de droits acquis⁹⁸¹ ». S'il évoque l'importance de la notion de confiance pour la sécurité juridique et le fait que la protection qu'offre le droit doit, dans une certaine mesure, se mériter, Jhering ne peut s'empêcher d'encore idéaliser la certitude du droit⁹⁸².

231. — Vers la fin du XIX^e, Georg Jellinek dénonce le romantisme de l'École historique et affirme qu'il n'y a que des consciences individuelles et que le droit est un phénomène avant tout psychologique⁹⁸³. Ainsi, l'État « encore que son action se projette nécessairement dans le monde extérieur, n'est pas moins un phénomène essentiellement psychologique, se déroulant avant tout dans le for intérieur de l'homme », et la nation

⁹⁷⁷ R. VON JHERING, *Law as a Means to an End*, *op cit.*, p. 288-289 (« In this sense, therefore, i. e., from the psychological standpoint, law may be defined as the feeling of security in the State; and religion, as the feeling of security in God »). Selon lui, tous les despotismes réunis n'ont pas produit autant de grandes personnalités que Rome en un siècle, ce qui s'explique par le fait que le peuple romain avait compris très tôt comment assurer la sécurité juridique.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 286: « [...] the security of the law depends ultimately on nothing else except the energy of the national sense of right ».

⁹⁷⁹ R. VON JHERING, *Der Zweck in Recht*, cité par P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 99.

⁹⁸⁰ R. VON JHERING, *Law as a Means to an End*, *op. cit.*, p. 286.

⁹⁸¹ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, *op. cit.*, p. 8-9.

⁹⁸² Pour J. FRANK, un désir enfantin d'une sécurité indéfectible a conduit Jhering à vénérer un idéal illusoire d'une sécurité juridique absolue (*Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 236). M. RUMELIN observe que la méthode de Jhering, qui reste encore axée sur les concepts, peut en dernière instance être rattachée à un désir plus ou moins conscient de certitude et d'objectivité (« Developments in Legal Theory... », *op. cit.*, p. 12).

⁹⁸³ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 300.

n'est « pas une réalité extérieure et objective » mais « quelque chose d'essentiellement subjectif [...], un certain d'état de conscience⁹⁸⁴ ». Sur le plan individuel, et malgré le goût naturel de l'homme pour la répétition, il faut constater que les manifestations sociales ne peuvent être prévues avec la même précision que les sciences naturelles, dès lors que « l'individu, ne peut jamais être exactement déterminé, et l'on ne saurait, à l'avance, prévoir les effets de son activité ». Il en va de même des règles de droit nouvelles, dont les effets « ne peuvent jamais être exactement calculés à l'avance⁹⁸⁵ ». On ne saurait condamner plus explicitement les prétentions de la logique cartésienne de la sécurité juridique. Jellinek situe le droit dans les consciences individuelles sous la forme d'attentes, de nature à fonder une confiance indispensable à l'existence même d'un droit qui ne soit pas pure relation de domination. Cette conception psychologique de l'attente, qu'on retrouvera chez Bentham, laisse entrevoir une pensée implicite de la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique, en ce qu'elle réintègre la notion de confiance comme fondement de la sécurité juridique⁹⁸⁶.

232. — Malgré son intérêt pour l'histoire et l'idée du *Volksgeist*, Friedrich Hegel n'a eu aucune affinité avec l'École historique⁹⁸⁷. Fort critique envers les théories du contrat social⁹⁸⁸, il se pose néanmoins comme ardent défenseur de la logique subjective de la sécurité juridique. Selon lui, l'obligation à l'égard de la loi « implique la nécessité de faire en sorte que les lois soient universellement connues ». Suspendre les lois « si haut qu'aucun citoyen ne puisse les lire » ou

⁹⁸⁴ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. par G. Fardis, Ed. Fontemoing, Paris, 1904, p. 140 et 207.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, p. 27-30, 43-44 et 79.

⁹⁸⁶ O. JOUANJAN écrit, à propos de Jellinek : « Du point de vue objectif, extérieur, ce qui apparaît comme la constance de l'ordre juridique, la sécurité du droit, se fonde, intérieurement, psychologiquement, dans un rapport de confiance qui justifie des attentes » (*Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, op. cit.*, p. 324).

⁹⁸⁷ Sur la question et la différence entre ses théories et celle de Savigny, voy. Ch. KLETZER, « Custom and Positivity: An Examination of the Philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy », in *The Nature of Customary Law Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, A. Perreau-Saussine (ed.), C.U.P., 2007, p. 125-148.

⁹⁸⁸ Fr. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. par J.-L. Vieillard-Baron, GF Flammarion, Paris, 1999, p. 149, § 75 : « Les rapports contractuels sont tout aussi peu appropriés à la nature de l'État : comme si l'État était pris pour un contrat de tous avec tous, comme un contrat avec le prince ou avec le gouvernement ».

les « enterrer dans l'imposant appareil de livres savants [...] de telle sorte que la connaissance du droit en vigueur n'est accessible qu'à ceux qui s'y consacrent d'une façon savante, – c'est là une seule et même injustice ». Il ne cède pas pour autant aux sirènes de sa logique cartésienne et dénonce la « maladie *allemande* » qui postule l'existence d'un code achevé, « incapable de redétermination ultérieure », alors que la loi ne permet qu'une « détermination conceptuelle ». Elle « donne une limite générale, à l'intérieur de laquelle a lieu un va-et-vient », qui « doit être interrompu au profit de la réalisation effective, où intervient une décision contingente et arbitraire à l'intérieur de cette limite⁹⁸⁹ ». C'est pourquoi, parmi les « droits de la conscience subjective », se trouvent non seulement la connaissance publique des lois mais également « la possibilité de connaître la *réalisation effective* de la loi dans le cas particulier », en raison du « contenu universel » que ce cas aborde et qui concerne l'intérêt de tous, « de là, la *publicité des institutions judiciaires*⁹⁹⁰ ».

c) *Vers un code anglais ?*

233. — Le droit naturel anglais est, comme ailleurs, en voie de disparition⁹⁹¹. Sans surprise, les expériences de la Révolution, de la Terreur et de l'empire napoléonien n'ont pas constitué la meilleure publicité pour les idées des Lumières dans une Angleterre attachée à ses traditions et à ses précédents, particulièrement dans la foulée des critiques de Burke⁹⁹². La notion de contrat social, déjà fort ébranlée par Hume,

⁹⁸⁹ *Ibidem*, p. 271-274, § 214-216. Le langage juridique doit donc être accessible, sous peine que le droit devienne « la *propriété* d'une position sociale ». La plupart des justiciables sont présents physiquement à leur procès mais ils ne sont pas « présents *intellectuellement* » et « le droit qu'ils obtiennent reste pour eux un destin extérieur » (*ibid.*, p. 282-283, § 228).

⁹⁹⁰ *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 278, § 224.

⁹⁹¹ P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 89-90. M. VILLEY relativise cette disparition du droit naturel, en évoquant les travaux de Burke chez qui la philosophie du droit naturel serait « débordante de sève et de rayonnement » (*Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, *op. cit.*, p. 138).

⁹⁹² J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 305. Comme l'écrit A. DE TOCQUEVILLE en 1835, les « Anglais et les Américains ont conservé la législation des précédents, c'est-à-dire qu'ils continuent à puiser, dans les opinions et les décisions légales de leurs pères, les opinions qu'ils doivent avoir en matière de loi, et les décisions qu'ils doivent prendre. Chez un légiste anglais ou américain, le goût et le respect de ce qui est ancien se joint presque toujours à l'amour de ce qui est régulier et légal [...]. Le légiste anglais ou américain recherche ce qui a été

souffre également au XIX^e siècle, tout comme la théorie déclaratoire de Blackstone. Sir Henry Sumner Maine range ainsi, dans les fictions juridiques qui satisfont le désir d'amélioration sans offenser le dégoût superstitieux pour le changement, le cas du précédent qui affirme ne faire que suivre le droit existant alors qu'il en crée du nouveau⁹⁹³. L'attaque la plus virulente contre ces différentes notions viendra du juriste anglais le plus favorable à la codification⁹⁹⁴.

234. — Jeremy Bentham est incontestablement un des juristes anglais les plus connus de son siècle, et probablement de tous les temps⁹⁹⁵. S'il est généralement présenté comme le fondateur de l'utilitarisme et un des précurseurs du positivisme juridique⁹⁹⁶, il est moins connu pour sa défense de la sécurité juridique⁹⁹⁷. Comme Marx, il considère que la misère du peuple est imputable à la société et à sa structure, qui profitent à certaines classes et se maintiennent grâce à certains mythes qu'il s'évertue à dénoncer⁹⁹⁸. Parmi les moyens d'oppression du peuple, il compte la *Common law* qu'il accuse d'être peu accessible et d'entretenir le mythe blackstonien de l'absence de pouvoir créateur des juges⁹⁹⁹. Il

fait, le légiste français ce qu'on a dû vouloir faire ; l'un veut des arrêts, l'autre des raisons» (*De la démocratie en Amérique*, 1981, GF-Flammarion, Paris, p. 367).

⁹⁹³ H.S. MAINE, *Ancient Law : Its connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 4^e éd., John Murray, Londres, 1870, p. 26 et 31.

⁹⁹⁴ Sur la question, voy. Ph. GÉRARD, « Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 122 ; F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 173. C'est à Bentham qu'on doit les termes « codification » et « codifier » (*ibid.*, p. 163).

⁹⁹⁵ De ses siècles devrait-on dire, car il a vécu et publié à cheval sur les XVIII^e et XIX^e siècles. Sur son influence, voy. F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 195.

⁹⁹⁶ A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 249 ; C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, O.U.P., Oxford, 1998, p. 16 ; J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 402.

⁹⁹⁷ Ph. GÉRARD, d'une formule euphémique, écrit que, « Dans ses traités de législation civile et pénale, Bentham accorde une priorité certaine à la sécurité » (« Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 131).

⁹⁹⁸ H.L.A. HART, « La démystification du droit », trad. par Ph. Gérard et M. van de Kerchove, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, *op. cit.*, p. 96-98.

⁹⁹⁹ A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law : an Inaugural Lecture Delivered before the University of Oxford*, Stevens and Sons, Londres, 1934, p. 18-20. Et BENTHAM de s'interroger : « La loi commune existe-t-elle ? [...] elle ne se trouve nulle part, aucun ne peut vous dire où elle est, ni ce qu'elle est : c'est un être de raison, une fiction, une loi imaginaire [...] les juges sont constitués législateurs. Dans la forme, ils paraissent prononcer d'après une loi sanctionnée par

n'hésitera d'ailleurs pas à écrire une lettre aux citoyens du nouvel État américain afin de les avertir :

Oui, mes amis, si vous vous aimez mutuellement, si vous tenez à votre sécurité, fermez votre porte à la Common Law comme vous le feriez pour la peste. Laissez-nous le triste privilège d'être régi par ce tissu d'imposture, par ce gang de juristes [...]. N'oubliez jamais cette leçon : partout où la Common Law a débarqué, la sécurité a disparu¹⁰⁰⁰.

Bentham nie l'existence de droits naturels antérieurs à l'établissement d'un gouvernement et opposables au droit positif. Quant au contrat social, il estime qu'il s'agit d'une pure fiction, voire un mensonge qui n'est d'aucune utilité et tend à tromper sur l'origine violente des gouvernements, dans lesquels l'obéissance n'est qu'une question d'habitude et l'émancipation l'exception. Au contraire, la vie des hommes sans gouvernement ne connaît ni propriété, ni sécurité juridique, ni liberté. A la place de ce « langage terroriste », de ce « non-sens rhétorique », il propose, en bon utilitariste, le discours de la raison, qui exige qu'une loi ne soit adoptée que si elle constitue un avantage pour la société et abrogée dans la mesure où elle représente un désavantage¹⁰⁰¹. Dès 1780, il écrit que la Nature a placé l'humanité sous l'empire de deux maîtres souverains : la douleur et le plaisir. Selon le « principe d'utilité », qui rend compte de cette sujétion, toute action, individuelle ou étatique, est évaluée selon sa capacité à augmenter ou diminuer le plaisir de ceux dont les intérêts sont concernés. Le bonheur

l'autorité suprême : dans le fait, ils sont eux-mêmes les auteurs de la règle d'après laquelle ils prononcent. N'importe, dira-t-on, si la règle judiciaire est constamment suivie, s'il résulte de cette loi fictive des décisions aussi certaines, aussi uniformes que celles qui pourraient émaner d'une loi statutaire, la sûreté des citoyens sera la même sous les deux espèces de loi. Ce ne serait qu'une dispute de mots. Mais il n'y a rien de plus gratuit que cette supposition de stabilité, de certitude, d'uniformité dans les décisions fondées sur une loi non écrite. Autant vaudrait sous ce rapport comparer une peinture au pastel à une peinture à l'huile » (*De l'organisation judiciaire et de la codification (extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham)*, par E. Dumon, Hector Bossange, Paris, 1828, p. 352-354).

¹⁰⁰⁰ J. BENTHAM, « Lettre de J. Bentham, un Anglais, aux citoyens des divers États des États-Unis d'Amérique », cité par F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 194. Sur l'insécurité juridique qui régnait dans les colonies américaines avant la révolution, en raison de l'application de la *common law* anglaise, voy. Sh. C. STIMSON, *The American Revolution in the Law*, *op. cit.*, p. 10-12.

¹⁰⁰¹ J. BENTHAM, « Anarchical Fallacies », in *The Works of Jeremy Bentham*, Ed. W. Tait, Edimbourg, 1839, part. VIII, p. 500-501.

des individus dont une communauté est composée, à savoir leurs plaisirs et leur sécurité, est le seul objectif que le législateur devrait avoir en vue¹⁰⁰².

Ailleurs, il écrit que le principal objet des lois est la sécurité, ce bien inestimable qui est la marque distinctive de la civilisation. En effet, si l'être humain est capable de plaisir et de douleur par anticipation, seul le droit est capable de protéger ces attentes (« *expectations* »). Ce « *principle of security* », que nous pouvons, sans trahir sa pensée, traduire par sécurité juridique, impose que les événements qui dépendent des lois, soient conformes aux attentes auxquelles celles-ci ont donné naissance, sous peine d'entraîner une « douleur de l'attente déçue »¹⁰⁰³. Il est fondamental pour Bentham que le législateur montre « le plus grand respect » pour les attentes qu'il a lui-même produites et la « vertu des lois dépend de leur conformité à l'attente générale ». A cette fin, le droit doit être clair, cohérent et garantir la certitude de son application, ce qui implique selon lui que les juges s'en tiennent à une interprétation purement littérale des lois, même obscures ou incohérentes. Si la nouvelle loi est contraire aux attentes de ses destinataires, il faut prévoir une période transitoire pour lui permettre de s'adapter¹⁰⁰⁴. Il importe également que les prescriptions du droit soient connues de ses destinataires. Or, pour faire connaître une loi, il faut la promulguer, ce qui ne se limite pas à « la publier dans une Ville au son de la trompette », « la lire au peuple assemblé » ou « en ordonner l'impression » mais signifie

¹⁰⁰² J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1907, p. 1-3 et 24. Comme le relève Ph. GÉRARD, « Bentham assume la paternité d'un des préjugés contemporains les plus tenaces : l'idée selon laquelle l'État peut, par des mesures appropriées, faire avancer la société dans la voie du progrès » (« Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 156).

¹⁰⁰³ J. BENTHAM, *Theory of Legislation*, trad. par R. Hildreth, 2^e éd., Ed. Trübner, Londres, 1871, p. 109-111. Il déplore le fait que les juristes aient eu l'esprit à ce point confus pour ne pas prendre conscience de l'importance de ce sentiment, vu la rareté du terme « *expectation* » dans leur vocabulaire même s'ils l'ont souvent suivi de façon instinctive. Il définit cette attente comme suit : « *Expectation* is a chain which unites our present existence to our future existence, and which passes beyond us to the generation which is to follow » (*ibid.*, p. 111). Comme l'ont repéré plusieurs auteurs, Bentham donne ainsi une interprétation psychologique de la sécurité juridique en la ramenant à la notion d'attente (G. RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *op. cit.*, p. 95 ; F. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 27).

¹⁰⁰⁴ J. BENTHAM, *Theory of Legislation*, *op. cit.*, p. 149-157 (« The legislator owes the greatest respect to this expectation which he has himself produced [...]. The goodness of the laws depends upon their conformity to general expectation »).

« la présenter à l'esprit de ceux qu'elle doit gouverner, [...] faire en sorte qu'elle soit habituellement dans leur mémoire, et leur donner au moins toutes les facilités de la consulter, s'ils ont quelques doutes sur ce qu'elle prescrit ». Idéalement, pour lui, la loi, « s'infuserait pour ainsi dire dans l'esprit public, elle deviendrait la logique du peuple : elle étendrait son influence jusque sur cette partie de la conduite qui n'est que du ressort de la morale ; le code de l'opinion se formerait par analogie sur le code des lois, et dans cet accord de l'homme et du citoyen, l'obéissance à la loi se distinguerait à peine du sentiment de la liberté ». Quant aux moyens à mettre en œuvre, il va plus loin que tous ceux qui l'ont précédé, prônant l'enseignement dans les écoles, la lecture publique dans les Églises mais aussi l'affichage dans les spectacles, marchés et lieux publics¹⁰⁰⁵. Le philosophe anglais défend incontestablement la logique *subjective* de la sécurité juridique¹⁰⁰⁶ et, si sa critique du système de *common law* et son plaidoyer pour la codification – qui n'aboutira pas – renvoient également à sa logique *cartésienne*, l'importance qu'il attache au respect des attentes des sujets de droit évoque, comme chez Jellinek, une ébauche de logique *fiduciaire*.

S'inscrivant dans les pas utilitaristes et positivistes de Bentham, John Austin estime que le seul objet de la théorie du droit (*jurisprudence*) est le droit positif, à savoir le droit imposé par un supérieur à un inférieur politique, tel qu'il est et non tel qu'il doit être¹⁰⁰⁷. Pour lui, toute loi ou règle est un commandement, ou plutôt une espèce de commandement¹⁰⁰⁸. Comme Bentham, Austin se montre très critique envers la théorie déclaratoire du droit de Blackstone, qu'il compare à une fiction enfantine consistant à nier tout pouvoir créateur du juge, par

¹⁰⁰⁵ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. III, trad. par E. Dumon, Ed. Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802, p. 275-282 et 292-293 ; *De l'organisation judiciaire et de la codification*, *op. cit.*, p. 352.

¹⁰⁰⁶ Comme l'écrit Fuller, « he seemed almost obsessed with the need to make the laws accessible to those subject to them » (*The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 97).

¹⁰⁰⁷ J.A. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, Londres, 1832, p. 1 et 136. La science qui s'occupe de ce que le droit doit être (*ought to be*) est la science de la législation, qui constitue une branche de la science éthique (*ibid.*, préface, p. xiv). Cet ouvrage a dominé l'enseignement de la théorie du droit dans le monde de la *Common law* jusqu'à un stade avancé du XX^e siècle (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 313).

¹⁰⁰⁸ J.A. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, *op. cit.*, p. 5-6 : « Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, law and rules, properly so called, are a species of command ». Cette position sera critiquée par Hart plus d'un siècle plus tard.

nature rétroactif. Il cultive une préférence pour la certitude des lois, le droit jurisprudentiel étant une cause inévitable d'incertitude dès lors qu'on ne peut jamais être sûr qu'une décision sera suivie par d'autres juges dans des cas semblables. La loi, estime-t-il, pour peu qu'elle soit bien construite et approuvée par la majeure partie de la communauté est « abolument certaine jusqu'à ce qu'elle soit révoquée ». Au contraire, la loi mal-aimée ou obscure (et qui ne peut donc être connue) apparaît aussi incertaine que la jurisprudence¹⁰⁰⁹.

Cette insistance sur le besoin de certitude du droit, qu'on retrouvera également chez Dicey¹⁰¹⁰, semble dominer la pensée juridique anglaise du XIX^e siècle. Ainsi, Sir Frederick Pollock écrit en 1896 que les marques normales et nécessaires d'une justice administrée conformément au droit peuvent être réduites à la « généralité », l'« égalité » et la « certitude » (*Certainty*). Selon lui, l'exigence de généralité des lois mène à l'exigence d'égalité qui entraîne à son tour celle de « *certainty* », qui conditionne tout le développement scientifique du droit. Ce besoin de certitude devient plus exigeant lorsque la société se complexifie et un État gouverné par le droit offre un degré satisfaisant de certitude lorsqu'il assure aux citoyens que le droit fonctionne de façon juste et sans faveur, alors que, dans les sociétés archaïques, seule une certitude grossière est possible. Il est conscient cependant qu'il ne s'agit que d'un idéal, limité dans tous les cas par la possibilité d'avoir une connaissance précise des faits de la cause¹⁰¹¹. Sur le plan jurisprudentiel, le siècle s'ouvre sur la déclaration de Lord Eldon qui, en 1803, privilégie la certitude du droit aux spéculations individuelles des juges sur son amélioration¹⁰¹² et se termine sur l'arrêt *London Street Tramways*, qui établit que les précédents de la *House of Lords* lient cette institution, conception qui sera maintenue jusqu'à ce que son *Practice Statement* de 1966, l'autorise à s'en départir¹⁰¹³. Or, on l'a vu, un des objectifs

¹⁰⁰⁹ J.A. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. 2, J. Murray, 1885, p. 634 et 656.

¹⁰¹⁰ Voy. *infra*, n° 238.

¹⁰¹¹ F. POLLOCK, *First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, Franklin, New York, 1970, p. 35 et 40-43.

¹⁰¹² « [...] it is better the law should be certain than that every judge should speculate upon improvements in it » (SHEDDON V. GOODRICH (1803), cité par R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Towards a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, 1961, p. 61).

¹⁰¹³ Earl of Halsbury LC, *London Street Tramways co. V. London County Council*, 1898 A.C. 375 : « A decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as

essentiels de la doctrine du précédent est de garantir la certitude du droit¹⁰¹⁴.

2. L'État de droit¹⁰¹⁵

235. — Si l'État moderne se construisait depuis le XVI^e siècle, c'est surtout au XIX^e qu'il va prendre les traits qui le caractérisent, en se fondant sur le passage de l'individu – et de ses droits – au premier plan et sur la sécularisation du pouvoir¹⁰¹⁶. J. Ellul relève ainsi la « mutation fantasmatique » qui s'opère et consacre une conception de l'État fondé sur le droit, lui-même « effectué » par l'État qui peut être abstrait du pouvoir qui l'incarne¹⁰¹⁷. Telle est, en substance, la forme de cette structure politique qui va se développer sous trois formes principales : le *Rechtsstaat* allemand, l'*État de droit* français et la *Rule of law* anglaise¹⁰¹⁸.

236. — En Allemagne, l'ordre politique est lié à la tradition, à un développement historique continu dont le sujet est une entité collective, le peuple, qui se réalise pleinement dans l'État, les droits individuels dérivant d'un lien vital entre l'individu et l'État. La première occurrence du terme « *Rechtsstaat* » semble pouvoir être imputée à Johann Wilhelm Placidus qui, à la fin du XVIII^e siècle, évoque l'école kantienne par les termes « *Schule der Rechts-Staats-Lehre* », établissant les racines philosophiques de la notion. Sa paternité scientifique revient cependant à Robert von Mohl¹⁰¹⁹. Dans un ouvrage publié en 1832, il part de la

if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision [...] ». Selon A. Rodger : « This confident affirmation of the doctrine in 1898 belongs to a different world. Intellectually, it is part of the same world as Pope Pius IX's famous decree on papal infallibility » (« What Are Appeal Courts For ? », *Otago L. Rev.*, 2004, p. 529).

¹⁰¹⁴ Voy. *supra*, n° 113 et *infra*, n° 332.

¹⁰¹⁵ Par souci didactique, nous nous permettrons de déborder, sur cette question, sur le siècle suivant.

¹⁰¹⁶ D. ZOLO, « The Rule of Law : a Critical Reappraisal », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, *op. cit.*, p. 19-20 ; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 254 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁰¹⁷ J. ELLUL, « Remarques sur les origines de l'État », *Droits*, n° 15, 1992, p. 14.

¹⁰¹⁸ La *Rule of law* est plus ancienne mais elle ne sera théorisée par Dicey qu'au XIX^e siècle.

¹⁰¹⁹ P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 87-90 ; X. SOUVIGNET, « L'accès au droit. Principe du droit, principe de droit », *op. cit.*, p. 35 ; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses » 2002, p. 2 ; S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique*

liberté individuelle pour théoriser les limites de l'action de l'État, qui doit respecter les lois et les coutumes, respecter les inclinations des gens et surtout la propriété. Le deuxième grand théoricien du *Rechtsstaat*, Friedrich Julius Stahl, qui est lié à l'École historique, accorde une place centrale au droit, plutôt qu'à la liberté individuelle, et estime que l'État ne peut agir que par la forme juridique¹⁰²⁰. D'emblée se marquent deux conceptions du *Rechtsstaat*. La première, substantielle ou matérielle, vise le contenu et le but de l'ordre juridique alors que la seconde, qui prendra l'avantage à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, est formelle et privilégie l'aménagement rationnel permettant de les réaliser. Il semble que la notion ait ensuite perdu quelque peu de son prestige, au point de disparaître pratiquement de la littérature juridique pour ne réapparaître qu'au siècle suivant. Dans les années 1930, la doctrine se divisera entre les tenants d'un sens libéral et démocratique du concept et ceux qui soutiendront une conception « nationale-socialiste », dans laquelle le pouvoir doit utiliser le droit pour garantir le *salus populi*, d'où l'importance de l'état d'exception. La conception substantielle du *Rechtsstaat* n'opérera un retour définitif qu'à la fin de la seconde guerre mondiale et se matérialisera notamment par la mise en place d'un contrôle, par un juge constitutionnel, du respect par l'autorité de principes supérieurs comme les droits fondamentaux¹⁰²¹.

237. — La Révolution française donne naissance à un État qui approfondit les visées de l'État monarchique et, en même temps, s'en

moderne, PUF, Paris, 1997, p. 254 ; M. ROSENFELD, « The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy », *S. Cal. L. Rev.*, 2000-2001, p. 1319.

¹⁰²⁰ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 131 ; P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 91-93. L'enjeu, pour tous les théoriciens du *Rechtsstaat*, consistait à combiner pouvoir souverain illimité et ordre juridique rendant son intervention prévisible (*ibid.*, p. 100).

¹⁰²¹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 66-69 ; A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 31-32 ; O. JOUANIAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 209. P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 49-56 ; J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, *op. cit.*, p. 138-139 et les références citées). Plusieurs auteurs expliquent ce succès de la version formelle par l'échec de la révolution libérale de 1848, qui profitera au courant conservateur, plus intéressé par le principe de légalité que par les droits fondamentaux (R. GROTE, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 280-281 ; M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1319 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, p. 27). La tentative de retour à la notion substantielle inaugurée sous la République de Weimar n'aboutira pas (*ibid.*,

démarque de façon significative. D'une part, dans le prolongement de l'objectif absolutiste poursuivi depuis Richelieu, il s'agit d'un État pleinement souverain dès lors qu'il détient le monopole de la force matérielle et de l'énonciation du droit et n'est plus limité ni par l'autorité papale dans l'ordre du spirituel, ni par les autorités locales dans l'ordre temporel. D'autre part, la souveraineté de l'État est circonscrite par celle du peuple, comme communauté politique, elle-même limitée par celle de la nation, comme communauté historique¹⁰²². En 1822, Benjamin Constant décrivait en ces mots le rôle de l'État :

« Si le but de la société est la conservation et la tranquillité de ses membres, tout ce qui est nécessaire pour que cette conservation soit garantie et que cette tranquillité ne soit pas troublée, est du ressort de la législation ; car la législation n'est autre chose que l'effort de la société pour remplir les conditions de son existence. Mais tout ce qui n'est pas nécessaire à la garantie de la conservation et au maintien de la tranquillité est hors de la sphère sociale et législative. Maintenant deux choses sont indispensables à la conservation et à la tranquillité des sociétés : l'une, que l'association soit à l'abri des désordres intérieurs ; l'autre, qu'elle soit à couvert des invasions étrangères. (...) Châtiment des délits, résistance aux agressions, telle est la sphère de la législation dans les limites du nécessaire »¹⁰²³.

L'idéal libéral du « laissez-faire » va cependant montrer ses limites, particulièrement dans une société de plus en plus industrialisée. La liberté tant encensée sera bientôt considérée comme une source d'inégalité mais aussi d'insécurité, incitant les autorités à augmenter leur intervention afin d'exclure « à la fois la force et l'imprévu »¹⁰²⁴. En fait d'intervention étatique, il s'agit essentiellement de celle du parlement. Si le modèle constitutionnel repose, à tout le moins depuis 1848, sur la séparation des pouvoirs, la suprématie des droits individuels et la hiérarchie des normes, il se trouve partiellement paralysé par le culte français de la loi, fermement ancré dans le mythe rousseauiste de la volonté

p. 28-29 ; D. SOULAS DE RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 97-98 ; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1205).

¹⁰²² R. LEGROS, *La question de la souveraineté*, *op. cit.*, p. 24 et 31 ; A. LAQUIÈZE, « État de droit and national sovereignty in France », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰²³ B. CONSTANT, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, 1822, p. 25. La définition de Constant évoque les théories de Locke.

¹⁰²⁴ J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'État de droit », *R.D.P.*, 1977, p. 1209.

générale, et par la défiance envers les juges, héritée de Montesquieu. Par conséquent, lorsque la doctrine française du début du XX^e siècle importera la notion de *Rechtsstaat*, ce sera dans l'objectif de fonder la limitation des pouvoirs du Parlement et de faire des juges les gardiens des droits individuels¹⁰²⁵. Que la réception de la notion soit le fait de Léon Duguit ou de Raymond Carré de Malberg, c'est aux écrits du second que l'on doit incontestablement son succès¹⁰²⁶. Le positiviste français opère une célèbre distinction entre l'« État légal » français, soit un « État dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution » et l'« État de droit » qui, « dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques¹⁰²⁷ ». Au XX^e siècle, la notion française d'État de droit finira par acquérir la signification

¹⁰²⁵ C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 25-26 ; L. HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, p. 376-377 ; A. LAQUIÈZE, « État de droit... », *op. cit.*, p. 266. Le système révolutionnaire d'élection des juges avait vite été discrédité et abandonné (P. OURLIAC, « La puissance de juger... », *op. cit.*, p. 31). M. Fromont souligne que cette idée française de suprématie du Parlement constitue une des différences entre le *Rechtsstaat* et l'État de droit (« République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1205). Comme le fait remarquer J. Chevallier, la rationalité de l'État de droit français repose sur « un jeu de croyances plus profondes, dont témoigne la mystique qui entoure la loi », le droit étant encore « perçu comme un Ordre sacré, projection d'une *Raison transcendante* au corps social » (*L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 101-102). K. BENYEKHEF évoque « l'exaltation quasi-obsessionnelle de la loi » issue de la Révolution française (*Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 553).

¹⁰²⁶ L. HEUSCHLING, *État de droit*, *op. cit.*, p. 376-377 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 68-69 ; P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 111. Carré de Malberg reprendra d'abord la notion de *Rechtsstaat* avant d'utiliser la version française d'État de droit (M. TROPER, « Le concept d'État de droit », *op. cit.*, p. 51).

¹⁰²⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, Sirey, Paris, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 488-489. S'il est possible que le juriste français ait accentué les différences entre les deux types d'État, il ne faut pas perdre de vue le contexte dans lequel il écrivait, qui visait à critiquer les institutions de la Troisième République, et surtout l'omnipotence du Parlement français (D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 13). M. Troper estime que, si de nombreux systèmes sont des versions hybrides de ces deux définitions, « il est impossible de trouver une équivalence entre les notions allemandes et les notions distinguées par Carré de Malberg » (« Le concept d'État de droit », *op. cit.*, p. 54). Comme

d'un État constitutionnel se posant comme garant des droits fondamentaux¹⁰²⁸. Elle se distingue à plusieurs égards de son pendant anglais.

238. — Il n'est pas aisé de traiter de la *Rule of law* d'un point de vue historique, dès lors que la notion n'est pas aussi étroitement associée au développement de l'État moderne. Si l'objectif de limiter la prérogative royale par le droit apparaît déjà avec l'adoption de la *Magna Carta* en 1215, les éléments constitutifs de la *Rule of law* se définiront surtout au XVII^e siècle¹⁰²⁹, la « Révolution glorieuse » de 1688 ayant permis l'établissement d'une monarchie constitutionnelle. De manière générale, la doctrine anglaise était confrontée au même problème que sur le continent, à savoir concilier le pouvoir absolu du souverain et la protection de la sphère juridique des individus¹⁰³⁰. Cependant, avec l'importance croissante des lois écrites et la montée en puissance du positivisme juridique, le concept s'est retrouvé sous pression vers la fin du XIX^e siècle¹⁰³¹. Il n'est pas surprenant, dès lors que, sa théorisation la plus importante soit attribuée à Albert Venn Dicey qui publie, en 1885, son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*¹⁰³². Selon le célèbre juriste anglais, la *Rule of law* consacre essentiellement les principes de primauté absolue du droit sur tout pouvoir arbitraire, et d'égalité, compris comme la sujétion égale de toutes les classes au droit¹⁰³³. Dans son introduction, il précise que la notion signifie que les droits et libertés individuels sont en principe déterminés par les cours

Kelsen, cet auteur considère que la notion d'« État de droit » est un pléonasme (voy. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 304).

¹⁰²⁸ M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1330.

¹⁰²⁹ Voy. *supra*, partie II, chapitre II, section 3. J.-M. Kelly fait remarquer que le modèle anglais du XVII^e siècle constitue déjà, avant la Révolution française, une meilleure approximation du modèle prôné par les philosophes des lumières (*A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 220). Sur l'origine de la *Rule of law* en Angleterre, voy. C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 23-24 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 62-79.

¹⁰³⁰ P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 108.

¹⁰³¹ R. GROTE, « Rule of Law », *op. cit.*, p. 270.

¹⁰³² Il aurait reconnu avoir emprunté la notion à W.E. Hearn (D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 10).

¹⁰³³ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 198.

et tribunaux du royaume et que ces droits sont moins le résultat de la Constitution que son fondement¹⁰³⁴.

239. — Quels sont les points communs et les différences entre le *Rechtsstaat*, l'État de droit et la *Rule of law*? La différence essentielle tient au lien entre l'État et le droit¹⁰³⁵. Alors que le *Rechtsstaat* suggère une symbiose entre ces deux éléments, que la doctrine française voit le droit comme le moyen d'action de l'État, la *Rule of law* les oppose dans une relation antagoniste ou, à tout le moins, considère le droit et les juges comme un tampon entre l'État et les citoyens¹⁰³⁶. Ces différences s'éclairent, pour faire simple, à l'aune respectivement de l'histoire politique anglaise du Moyen-Âge aux temps modernes, du romantisme historique allemand et de l'idéal démocratique issu de la Révolution française. En revanche, les trois notions partagent l'idée d'un pouvoir politique distinct des autres systèmes sociaux, soumis à des principes de droit et garant des droits individuels¹⁰³⁷.

240. — La sécurité juridique figure en bonne place parmi ces principes. On ne peut à cet égard se rallier à l'affirmation selon laquelle les juristes

¹⁰³⁴ *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, *op. cit.*, p. xxxvii. Dans le même sens, P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 106. D. Zolo évoque en outre la synergie normative entre pouvoir législatif et judiciaire (« The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 7-9).

¹⁰³⁵ La commission de Venise relève que, dans le préambule du statut du Conseil de l'Europe et de la convention, les termes « *rule of law* » ont été traduits par « prééminence du droit » et non par « État de droit » (*Rapport sur la prééminence du droit*, p. 5). Voy. aussi L.R. BASTA FLEINER, « Quelques considérations sur la relation conceptuelle entre la "Rule of Law" et le "Rechtsstaat" », in *Mélanges Patrice Gélard. Les défis du constitutionnalisme*, P. Thibault, B. Pelletier, L. Perret (dir.), L.G.D.J., Paris, 1999, p. 9-11.

¹⁰³⁶ M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1319 et 1334. R. VAN CAENEGEM distingue l'instinct anglais (avec Lord Denning : « Faites confiance aux juges, parce que ce sont eux les véritables gardiens de la loi »), le sentiment allemand (avec Savigny : « Faites confiance aux juristes érudits, parce qu'ils sont les meilleurs guides à travers les dédales du droit »), et l'instinct français (veine jacobine et napoléonienne : « faites confiance au législateur et méfiez-vous des juges et des juristes qui pervertissent les codes ») (*Le droit européen entre passé et futur*, *op. cit.*, p. 134).

¹⁰³⁷ En ce sens, voy. R. GROTE, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 270 ; M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1318-1319. Tentant une définition commune des notions allemande, française et anglo-saxonne, D. ZOLO distingue deux principes fondamentaux communs aux différentes théories : un principe de différenciation du système politico-juridique des autres sous-systèmes sociaux et un principe de distribution, qui limite les pouvoirs de l'État pour protéger les libertés individuelles

anglais ne l'associeraient pas à la *Rule of law*¹⁰³⁸. Il est vrai que Dicey n'inclut pas explicitement le principe de « *legal certainty* » dans sa théorie¹⁰³⁹. Il n'en demeure pas moins que, si on accepte d'aller voir derrière les termes utilisés, il ne fait pas de doute que les deux notions présentent davantage que de simples affinités¹⁰⁴⁰. En 1675 déjà, Lord Nottingham confirmait l'importance de respecter la confiance dans les pratiques existantes : « In chancery when men act according to an opinion which hath long been current for law, they are to be protected, although a latter resolution have controlled the former current opinion »¹⁰⁴¹. Depuis Bentham, les juristes anglo-saxons sont conscients de la nécessité de prendre en considération les attentes (« *expectations* ») formées sur la base du droit existant, et dont témoigne l'attachement anglais aux précédents¹⁰⁴². Il apparaît en outre que, sous le développement

et qui a été exprimé à travers les modalités normatives et institutionnelles suivantes : unicité et individualité du sujet de droit ; égalité juridique des sujets individuels et certitude du droit (« The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 19-26).

¹⁰³⁸ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰³⁹ Il n'utilise, du reste, nulle part l'expression, se contentant d'évoquer le talent des hommes d'État américains pour conférer de la « *legal security* » aux droits de leur Constitution (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 198). Alors que plusieurs auteurs ne voient, dans la première exigence de la *Rule of law* formulée par Dicey, qu'une formulation du principe de légalité (C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 24), la commission de Venise interprète cette première exigence comme impliquant la légalité et la sécurité juridique (*Rapport sur la prééminence du droit*, p. 4).

¹⁰⁴⁰ Déjà en 1936, le juriste allemand G. Radbruch souhaitait attirer l'attention des Français sur le charme « très anglo-saxon, de la sécurité juridique » (« La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *op. cit.*, p. 98). Voy. *infra*, n° 250. J. CARBONNIER relayait l'affirmation selon laquelle la sécurité juridique a plus d'importance pour « les anglais que pour les latins », étant donné leur attachement au précédent et à la coutume (*Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., L.G.D.J., Paris, 1992, p. 172).

¹⁰⁴¹ Cité par C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 53. Voy. également les exemples cités par l'auteur où les tribunaux ont fait droit à la confiance des justiciables en la situation juridique précédant un revirement de jurisprudence.

¹⁰⁴² Il est vrai que l'expression « *legitimate expectation* » n'apparaît, dans la jurisprudence, que dans une déclaration de Lord Denning en 1969, dans une affaire *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* (1969) 2 Ch. 149 (« an administrative body may [...] be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation [...] »). La question se pose depuis de savoir si ces attentes offrent une garantie uniquement procédurale ou également substantielle (sur la question, voy. notamment D. BARAK-EREZ, « The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance

du positivisme juridique à la fin du XIX^e siècle, la *Rule of law* s'est de plus en plus identifiée à des qualités formelles du droit, notamment la sécurité juridique¹⁰⁴³. Cette conception a été confirmée par le rapport de 1957 de la Commission dirigée par Lord Oliver Franks et constituée en raison de l'insécurité procédurale régnant à l'époque : « L'État de droit défend l'opinion que les décisions administratives doivent résulter de l'application de principes ou lois connus à l'avance. De manière générale, de telles décisions seront prévisibles, et le citoyen connaîtra sa position »¹⁰⁴⁴. Dans le même sens, la doctrine attribuée à la *Rule of law* des exigences généralement associées à la sécurité juridique, comme le fait que les lois soient publiées, claires, certaines, stables, prévisibles et non rétroactives¹⁰⁴⁵. De façon encore plus explicite, A. Peczenik estime que la meilleure approximation du phénomène de sécurité juridique en droit anglais est celle de *Rule of law* et N. MacCormick considère que la principale valeur que celle-ci peut assurer est la sécurité juridique¹⁰⁴⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, enfin, a explicitement jugé :

and Expectation Interests », *Eur. Pub. L.*, 2005, p. 583-601). On trouve aussi l'expression chez A. Ross (*On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 186).

¹⁰⁴³ R. GROTE, « Rule of Law [...] », *op. cit.*, p. 270 ; F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Routledge, Londres, 2001, p. 75. Selon B. LEONI, les malentendus relatifs à la *Rule of law* viennent de l'ambiguïté relative à la « *certainty of the law* » (*Freedom and the Law*, Van Nostrand, Toronto, 1961, p. 72). Voy. *infra*, n° 279.

¹⁰⁴⁴ Cité par J. BELL, « le règne du droit et le règne du juge », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 18.

¹⁰⁴⁵ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 214-219 ; J. BELL, « le règne du droit et le règne du juge », *op. cit.*, p. 17-18 ; M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1313 ; J. CHEVALLIER, « L'importation de l'État de droit », in *L'État de droit et la sécurité juridique*, Lesage, M. et Letowski, J. (éd.), Scholar, Varsovie, 1996, p. 35-37 ; C.G. BAILEY, « Predictability of the Law ; Its relation to Respect for Law », *W. Va. L. Rev.*, 1963-1964, p. 3. Dans le même sens, Lord Diplock écrivait : « The acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know what are the legal consequences that will follow from it » (*Black Clawson Ltd v. Papierwerke AG*, 1975, AC 591, § 638).

¹⁰⁴⁶ Voy. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, *op. cit.*, p. 24 et N. MACCORMICK, « Rhetoric and the Rule of Law », in *Recrafting the Rule of Law : the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 163-165.

« One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty¹⁰⁴⁷. »

La doctrine unanime souligne le lien existant entre la sécurité juridique et l'État de droit, particulièrement dans sa version allemande formelle, l'aspect matériel visant davantage la justice, le progrès social et les droits individuels¹⁰⁴⁸. Il convient cependant de rappeler que la sécurité juridique, qui apparaît comme une garantie essentielle pour la protection des droits visés par l'État de droit au sens matériel, peut également être considérée comme conférant un droit individuel¹⁰⁴⁹. Il apparaît ainsi que la mobilisation du principe de sécurité juridique au service de l'État de droit vient complexifier la distinction entre ses logiques *politique* et *subjective*. Si cette dernière est évidemment favorisée par le fait que l'État de droit vise la protection des particuliers, il ne faut pas perdre de vue que cette même notion constitue un formidable outil de légitimation du pouvoir en place, particulièrement pour des

¹⁰⁴⁷ C.E.D.H., *Asito c. Moldavie*, 8 novembre 2005, § 45.

¹⁰⁴⁸ J.-B. AUBY et D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *Droit administratif européen*, J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 474 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 7 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, *op. cit.*, p. 29 ; R. GROTE, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 285 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 112-119 et les réf. citées ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 994, note 24 ; T. KOOPMANS, « General Principles of Law in European and National Systems of Law : A Comparative View », in *General Principles of European Community Law*, *op. cit.*, p. 30 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 99 et 251 ; A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *op. cit.*, p. 30-32 et 48. Pour cet auteur « L'État de droit semble le modèle qui permet le mieux d'assurer la sécurité juridique, en comparaison à l'État de police, à l'État légal ou encore à l'État tyrannique » et, par conséquent, « (l')exigence de sécurité juridique n'est pas seulement induite par la théorie de l'État de droit, elle en est également un produit [...] » (*ibid.*, p. 35 et 39). Sans viser explicitement la sécurité juridique, J. Chevallier évoque la systématicité du droit qui lui confère « clarté, simplicité, certitude, tous attributs qui seront considérés comme inhérents à tout droit », mais également sa généralité et sa stabilité, de sorte que chacun ait la possibilité de « prévoir à l'avance les conséquences de ses actes et de connaître la règle qui s'appliquera à lui » (*L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 101).

¹⁰⁴⁹ P. POPELIER, « Legal certainty and principles of proper law making », *op. cit.*, p. 326 ; R. GROTE, « Rule of Law [...] », *op. cit.*, p. 285 ; A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 49. Cet auteur distingue les droits civils, politiques, sociaux, de l'espèce humaine et les droits-garantie, parmi lesquels elle compte le principe de sécurité juridique (*ibid.*, p. 50-55). Elle estime en outre que le principe de confiance légitime relève de la conception de l'État de droit au sens matériel (*ibid.*, p. 59-61).

États-nations en pleine expansion. L'instrumentalisation de la sécurité juridique fait ainsi resurgir, de façon plus insidieuse, le spectre de sa logique politique qui profitera de la prétendue neutralité associée à la dynamique mécaniste de la logique *cartésienne*¹⁰⁵⁰. A quelques exceptions près, la logique *fiduciaire* ne semble par contre pas faire partie du débat. Et pourtant, ce qui se trame dans l'enjeu de l'État de droit n'est-il pas intimement lié à la défiance envers l'État et à la confiance qu'on espère de sa soumission au droit ? Comme l'écrit H. Rabault, la « théorie de l'État de droit est la version politique et juridique de l'approche éthique de la confiance, son prolongement dans le domaine des institutions politiques »¹⁰⁵¹.

Conclusion du deuxième chapitre

241. — Le siècle des Lumières paraît, à bien des égards, s'inscrire dans la continuité du mouvement initié au siècle précédent. A la suite de Descartes, Leibniz et Newton, les penseurs du XVIII^e siècle font de la raison le fondement de toutes leurs démarches et le critère ultime de leur validité, même si les premières brèches se font sentir, pointant les limites du projet rationnel. L'autre pilier de la modernité, l'individu, confirme sa progression dans la pensée humaine. Le courant janséniste l'a doté de droits naturels inscrits dans des textes légaux faisant autorité. Le succès de la notion de droit individuel ne se démentira pas par la suite, contrairement à celle de contrat social qui a participé à son émancipation mais qui, malgré le plaidoyer de Rousseau, accusera le coup des critiques de Hume. Il n'en demeure pas moins que la conception de l'État comme une structure au service du peuple plutôt qu'un instrument du Prince s'ancre définitivement dans les esprits

¹⁰⁵⁰ Nous reviendrons sur cette question dans la troisième partie.

¹⁰⁵¹ H. RABAULT, « La confiance comme mécanisme social et l'approche fonctionnaliste du droit », *Droit et société*, 2007, p. 749. Il est vrai que, à en croire L. KARPIK, « [à] l'exception des analyses, vite oubliées, de Simmel, la confiance comme phénomène et comme concept est ignorée des sciences sociales jusqu'au milieu du vingtième siècle » (« Pour une conception substantive de la confiance », in *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, A. OGIEN et L. QUÉRÉ, Paris, Economica, coll. « Études sociologiques », 2006, p. 109). G. SIMMEL écrivait déjà, en 1907, que la confiance est « un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir sur autrui » (*Sociologie. Études sur les formes de socialisation*, trad. par L. Deroche Gurcel et S. Muller, PUF, Paris, 1999, p. 357).

occidentaux, comme le confirme l'article 3 de la Déclaration des droits de Virginie de 1776, qui dispose que « le gouvernement est ou devrait être institué pour le bénéfice, la protection et la sûreté du peuple¹⁰⁵² ». Si le principe de sécurité juridique n'est pas discuté comme tel, ses exigences rencontrent un succès important, à tout le moins sur le plan des principes. Que ce soit en France (Voltaire, Montesquieu), en Angleterre (Blackstone, Fortescue-Aland), en Italie (Beccaria) ou même en Allemagne (Kant), les auteurs insistent, dans des mesures diverses, sur l'importance d'un droit présentant une certitude maximale, à l'image des promesses des sciences exactes (logique *cartésienne*) et ce, dans l'intérêt des sujets de droit (logique *subjective*)¹⁰⁵³. Cette articulation des deux logiques paraît particulièrement présente chez Montesquieu et véhicule l'idée que la fiabilité du droit exige sa certitude quasi-absolue, reléguant au second plan la confiance comme fondement de la sécurité juridique (logique *fiduciaire*).

242. — Siècle de la question historico-sociale, le XIX^e siècle poursuit et étend la quête de certitude, même si les failles du projet scientifique d'inspiration cartésienne commencent à se multiplier¹⁰⁵⁴. Dans la foulée des travaux de Comte, les sciences sociales maintiennent pourtant la croyance en l'existence d'un ordre social, économique et juridique dont l'objectivité et la précision correspondraient à celles de l'ordre naturel. Comme le relève Fr. Müller, à partir de là, « le positivisme légaliste discourt comme si le droit se déplaçait dans le cadre d'un algorithme et non dans l'espace de la langue naturelle¹⁰⁵⁵ ». Dans ce cadre de pensée,

¹⁰⁵² Trad. de A. DUFOUR, « Le discours et l'événement [...] », *op. cit.*, p. 405.

¹⁰⁵³ Il n'est guère surprenant, dans ce contexte, que plusieurs auteurs soulignent les affinités des Lumières avec la sécurité juridique. Voy. X. SOUVIGNET, « L'accès au droit. Principe du droit, principe de droit », *op. cit.*, p. 35-36 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 284 ; L. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, *op. cit.*, p. 155. Comme le relève A. Papaux : « La Raison, à l'instar de la garantie de certitude qu'elle conféra aux sciences physiques, est le meilleur gage de la sécurité juridique visant, elle aussi, à la certitude et à la prévisibilité » (*Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 7).

¹⁰⁵⁴ M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 16. Dès la deuxième moitié du XIX^e siècle, les « doutes ont commencé à se multiplier sur les capacités de la science à percer le secret des choses » (*Ibid.*, p. 372).

¹⁰⁵⁵ Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit : la question linguistique dans la Théorie Structurante du Droit » in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit*, *op. cit.* p. 26). Dans le même sens, H. Cairns relève le retour du point de vue mathématico-physique dans la théorie du droit de la première moitié du 19^e siècle (*The Theory of Legal science*, *op. cit.*, p. 51-52. Comme le précise B. FRYDMAN,

la notion de l'État de droit triomphe mais sa fonction se limite à encadrer au minimum le jeu socio-économique¹⁰⁵⁶. Ce nouveau modèle consacre le monopole étatique dans la production du droit et la soumission à celui-ci mais fait également une place officielle à la sécurité juridique¹⁰⁵⁷. Elle apparaît indispensable pour encadrer le développement économique conséquent lié à l'industrialisation qui se généralise en Europe¹⁰⁵⁸. Weber avait déjà souligné l'importance pour la classe bourgeoise de bénéficier d'un droit sûr et prévisible, l'alliance entre intérêts princiers et bourgeois constituant un des facteurs les plus importants d'une rationalisation formelle du droit¹⁰⁵⁹. S'inscrivant dans le prolongement des travaux du sociologue allemand, N. Poulantzas estime que les caractères d'abstraction, de généralité, de formalisme et de systématisation, qui sont spécifiques au droit des sociétés occidentales sont dus au fait que l'entreprise capitaliste repose essentiellement sur le calcul et la prévisibilité, ce qu'il appelle le « besoin de calcul de prévision¹⁰⁶⁰ ».

il convient d'être conscient de l'ambiguïté terminologique qui résulte de l'utilisation du terme « positivisme » par les tenants du modèle sociologique, qui se fondent sur la méthode positiviste inaugurée par Comte. Or, en droit, le positivisme désigne, depuis le XIX^e siècle, le courant doctrinal opposé au droit naturel et qui considère que le seul droit est celui qui est posé ou reconnu par une autorité compétente. De façon radicalement différente, les sociologues du droit s'intéressent à la réalité sociale plutôt qu'aux sources formelles du droit (*Le sens des lois*, op. cit., p. 454-455).

¹⁰⁵⁶ F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », op. cit., p. 20.

¹⁰⁵⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 396 ; L. WINTGENS, *Droit, principes et théories*, op. cit., p. 156-163 ; S. BERTEA, « Towards a New Paradigm of Legal Certainty », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 1, p. 27.

¹⁰⁵⁸ F. TULKENS identifie, à titre d'explication justifiant l'apparition à l'avant-scène de la sécurité juridique, notamment le fait que la logique économique capitaliste et industrielle naissante nécessitait des garanties organiques et fonctionnelles de maintien des institutions juridiques (« La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, p. 29).

¹⁰⁵⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 193-194 (« Le rationalisme utilitariste caractéristique de toute administration bureaucratique va de son propre mouvement à la rencontre du rationalisme économique des classes bourgeoises »). Sur Weber, voy. *supra*, n° 249.

¹⁰⁶⁰ Selon lui, il ne s'agit pas d'une « simple exigence de «rationalité» d'une économie marchande » de type wébérien, qui serait identique aux traditionnels « besoins d'ordre et de sécurité ». Le besoin de calcul de prévision s'en distingue en cela qu'il ne peut se satisfaire d'une « marge d'indépendance du juge statuant selon l'équité » et, à ce titre, « dépasse le cadre de la simple prévisibilité qui fut, dans l'histoire, la base d'une «sécurité» sociale et juridique » (N. POULANTZAS, *Nature*

Plus largement, comme l'écrit M. Gauchet, l'importance de l'histoire au XIX^e siècle consacre un basculement général des sociétés modernes du passé vers l'avenir. La société de l'histoire, poursuit-il « est une société de travail, de production, elle sera la société de l'économie » et elle « consacre sous un jour et par des voies inattendus ces principes que la raison révolutionnaire avait échoué à concrétiser¹⁰⁶¹ ». Dans ce contexte, la nécessité de la planification occupe une place croissante et le droit est appelé à fournir le cadre normatif permettant de la garantir. Pourtant, alors que la notion même d'État de droit semble avoir été forgée afin d'établir ou de restaurer la confiance des individus dans le respect de leurs droits par les autorités, la conception de la sécurité juridique qui prévaut s'avère essentiellement statique. Elle postule un monde dans lequel les êtres humains et le législateur sont rationnels et la réalité prévisible et dans lequel les lois forment un système complet et fermé, que n'influence pas l'œuvre juridictionnelle¹⁰⁶². En d'autres termes, la pensée juridique du XIX^e siècle privilégie, à quelques exceptions près la logique *cartésienne* de la sécurité juridique à sa logique *fiduciaire*.

Le succès de l'État de droit et le développement des droits individuels contribuent évidemment à l'essor de la logique *subjective* du principe de sécurité juridique, qui se trouve même explicitement défendue par des auteurs comme Bentham ou Jhering. En pratique, cependant, elle se voit paralysée, à défaut pour le sujet de droit de disposer de moyens effectifs lorsque la sécurité juridique est bafouée. De façon moins apparente, le *Rechtsstaat* permet également un retour de la logique *politique* de la sécurité juridique sous une forme renouvelée. Il n'est, en effet,

des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur, L.G.D.J., Paris, 1965, p. 256-261). Voy. également Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.* ; M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 160. De nombreux auteurs ont insisté sur l'importance de la sécurité juridique pour l'activité économique (R. KOLB, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 106-107 ; J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC law*, *op. cit.*, p. 127 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, 2d ed., *op. cit.*, p. 242 ; J.H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Vol. I, Baker, Voorhis & Co., New York, 1935, p. 45-46 (« Business could not go on, industry could not be maintained unless it were possible for the producer or the merchant to learn how he could conform his activities to the law »). Selon la commission de Venise, le principe de sécurité juridique « est tout aussi déterminant pour les contrats commerciaux appelés à produire des effets et dont dépendent le développement et le progrès économiques » (*Rapport sur la prééminence du droit*, *op. cit.*, p. 11).

¹⁰⁶¹ M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 316-319.

¹⁰⁶² P. POPELIER, « Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 55-60.

plus question de servir les intérêts du Prince mais bien ceux de l'État et de son ordre juridique. Or, dans un contexte où les États-nations tentent d'asseoir leurs fondements à l'aune des exigences démocratiques, l'argument de l'État de droit et de la sécurité juridique – si possible sous sa forme *cartésienne* – constituent de puissants instruments de légitimation. Cette dynamique se retrouvera lors de la mise en place de l'ordre juridique de l'Union européenne, plusieurs décennies plus tard.



CHAPITRE III

Du XX^e siècle à nos jours : l'interaction des logiques

Prediction is very difficult, especially about the future.

Niels BOHR

243. — Le XX^e siècle apparaît comme un siècle coupé littéralement en deux par la seconde guerre mondiale. L'Europe s'en relèvera blessée mais consciente qu'il est nécessaire d'opérer un certain nombre de réformes, sur le plan politique, juridique, économique et social afin de reconstruire ce qui a été détruit, et de bâtir les garanties permettant d'éviter qu'une telle horreur puisse se reproduire. Cette rupture historique dicte le plan en deux parties des développements qui vont suivre. Du point de vue qui nous occupe, la quête de la certitude se poursuit mais certaines découvertes scientifiques, la réflexion philosophique et le constat, suite aux deux guerres, que le progrès scientifique n'implique pas nécessairement le progrès moral, viennent relativiser encore davantage ses prétentions. Sur le plan juridique, la logique *cartésienne* de la sécurité est de plus en plus mise à mal dans les discours des penseurs du droit mais son idéal survit, se nourrissant de l'inconscient juridique collectif et de ses vertus légitimantes. Paradoxalement, c'est le même besoin de légitimité qui justifiera le retour timide de sa logique *fiduciaire* après la seconde guerre mondiale, notamment incarné par la consécration du principe de confiance légitime. En ce qui concerne non plus le fondement mais les bénéficiaires de la sécurité juridique, ses logiques *politique* et *subjective* continuent leur subtile coexistence, qui s'avérera particulièrement problématique dans l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁰⁶³.

¹⁰⁶³ L'ordre juridique de l'Union européenne sera examiné dans le cadre de la troisième partie.

Section 1. — De 1900 à 1945 : d'une guerre à l'autre

A. Mise en contexte

244. — Malgré leur importance, il n'y a pas lieu de s'étendre ici sur les circonstances qui ont entraîné ces deux conflits planétaires, séparés par une crise économique mondiale en 1929¹⁰⁶⁴. Qu'il suffise de relever la transformation radicale du monde qui s'opère durant cette période, somme toute assez courte sur l'échelle de l'humanité. La certitude, qui constituait le paradigme depuis le XVII^e siècle et l'*objectif* des recherches, devient pour la première fois l'*objet* de l'attention, voire des critiques, de certains philosophes. En 1911, le cardinal Mercier, archevêque de Malines et philosophe, publie le quatrième volume de son cours de philosophie, intitulé : *Critériologie générale ou Théorie générale de la certitude*¹⁰⁶⁵. En 1929, John Dewey donne plusieurs conférences, dans lesquelles il critique la division radicale entre théorie et pratique, et le discrédit de la seconde au profit de l'exaltation de l'intellect pur, qu'il explique par la quête humaine d'une certitude absolue et inébranlable¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁴ Sur la question, voy. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 348-351 ; R. RAYMOND, *Le XX^e siècle de 1914 à nos jours. Introduction à l'histoire de notre temps*, t. 3, Ed. du Seuil, 1989, p. 13-18. S. TOULMIN compare la situation d'incertitude dans les années 1630 et 1930, autour de la notion d'État-nation : « Thirty years of slaughter in the name of religion preceded the setting up of the modern system of nation-States : thirty years of slaughter in the name of nationhood were needed before Europeans and Americans were ready to acknowledge its shortcomings » (*Cosmopolis*, op. cit., p. 155-160).

¹⁰⁶⁵ Il écrit que le succès du pragmatisme anglo-américain, « qui fonde la certitude sur l'utilité [...] témoigne de l'intense intérêt d'actualité qui s'attache aux problèmes de la certitude ». Celle-ci constitue l'état « initial de la raison, dans l'ordre de la réflexion » ainsi que « la condition de la science : aussi la critériologie est une Théorie de la certitude » (D. MERCIER, *Cours de philosophie*, op. cit., p. 1, 4 et 113).

¹⁰⁶⁶ J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 6-7. Il écrit encore : « Judging, planning, choice, no matter how thoroughly conducted, and action no matter how prudently executed, never are the sole determinants of any outcome » (*ibid.*, p. 8). Les deux commentaires repris sur la quatrième de couverture sont signés par Whitehead et... le juge Holmes (sur ce dernier, voy. *infra*, n° 261).

Sur le plan scientifique, les théories font une place à l'incertain, au mouvement, à l'instable et au désordre¹⁰⁶⁷. Einstein termine sa « Théorie de la relativité générale » en 1915, qui ne permet plus de considérer la masse, le temps et le mouvement comme des propriétés intrinsèques de substances ultimes, fixes et indépendantes¹⁰⁶⁸. En 1925, A.N. Whitehead donne une série de conférences à l'université de Harvard, qui seront reprises et publiées dans son ouvrage *Science and the Modern World*. Selon lui, la certitude des mathématiques ne justifie pas d'en postuler l'équivalent dans notre connaissance de l'espace et de l'univers physique car, dans des phénomènes plus complexes, la certitude parfaite est inatteignable. Il explique qu'il existe deux principes indispensables et inhérents à la nature même des choses, quel que soit le domaine d'étude, à savoir l'esprit de changement et de conservation. Le changement sans la conservation est un passage de rien à rien et il n'est de conservation possible sans changement¹⁰⁶⁹. En 1926, Heisenberg produit des résultats théoriques connus sous le nom d'« inégalités d'Heisenberg » ou de « principe d'incertitude », selon lesquels il est impossible de connaître simultanément la position et la vitesse d'une particule élémentaire, et donc de faire une prévision certaine de l'évolution du système¹⁰⁷⁰. En 1931, Gödel démontre qu'il existe des théorèmes indémontrables, ébranlant la capacité des sciences à s'auto-justifier¹⁰⁷¹. Alors que la physique traditionnelle garantissait, à

¹⁰⁶⁷ I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, op. cit., p. 12-13; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 65 et 221).

¹⁰⁶⁸ J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 127-128. Dans une conférence donnée à Princeton en 1939, Albert Einstein confirme cependant sa conviction déterministe, expliquant les défaillances prédictives des sciences par la complexité des phénomènes naturels, et non par le désordre de la nature (A. EINSTEIN, « Science and religion », conférence donnée lors du Princeton Theological Seminary, 1939, disponible à l'adresse suivante : <http://www.panarchy.org/einstein/science.religion.1939.html>). Au niveau de l'infiniment petit, cette conviction sera mise à mal par le principe d'incertitude d'Heisenberg.

¹⁰⁶⁹ A.N. WHITEHEAD, *Science and the Modern World*, Pelican Mentor Book, New York, 1948, p. 22-24 et 202. Le réaliste américain B. CARDOZO reprendra cette idée (*The Paradoxes of Legal Science*, Greenwood Press, Westport, 1930, p. 7).

¹⁰⁷⁰ B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », op. cit., p. 21. Le choix du mot « incertitude » plutôt que celui d'« indétermination » serait le résultat d'hésitations terminologiques et de traductions malheureuses (J.-M. LÉVY-LEBLOND et Fr. BALIBAR, « When did the indeterminacy principle become the uncertainty principle? », *A.J.P.*, 1998, p. 275-280).

¹⁰⁷¹ K. POPPER, *L'univers irrésolu*, op. cit., p. 135; M.W. SCHRÖTER, « European Legal Reasoning: a coherence-based Approach », *A.R.S.P.*, 2006, p. 83.

partir des conditions initiales appropriées, « la prévisibilité du futur et la possibilité de rétrodire le passé », dorénavant, conclut Prigogine, les lois fondamentales de la dynamique classique et de la physique quantique expriment « des possibilités et non plus des certitudes¹⁰⁷² ».

Selon S. Toulmin, cependant, ces sciences n'opèrent pas de rupture aussi radicale avec les idées du XVII^e siècle que certains philosophes comme John Dewey, Ludwig Wittgenstein ou Martin Heidegger, qui tous rompent avec le style de philosophie centrée sur la théorie (*theory-centered*), qui a défini l'agenda de la philosophie moderne à partir de 1650¹⁰⁷³. Selon Heidegger, « (1) a pensée ne commencera que lorsque nous aurons appris que cette chose tant magnifiée depuis des siècles, la raison, est l'ennemie la plus acharnée de la pensée¹⁰⁷⁴ ». Moins radicale, la philosophie de Popper est étroitement associée à la notion du doute et de l'incertitude¹⁰⁷⁵. Dans *L'univers irrésolu. Plaidoyer pour l'indéterminisme*, il part de l'apparente contradiction entre le libre arbitre et le déterminisme. Karl Popper tente de démontrer que ce qu'il appelle un « déterminisme scientifique » n'est fondé au regard ni du sens commun, ni de la philosophie, ni de la science, même s'il admet que toute décision, action ou invention est causée¹⁰⁷⁶.

245. — Le passage du XIX^e au XX^e siècle marque également le « tournant linguistique » (*linguistic turn*) de la philosophie, qui déplace son centre d'intérêt du sujet vers le langage, désormais perçu comme l'unique moyen d'accès à la connaissance. Plus largement, la communication va devenir un véritable paradigme de la pensée, jouant un rôle essentiel pour le structuralisme, l'anthropologie, l'analyse littéraire, la psychanalyse mais aussi la génétique et les technologies de

¹⁰⁷² I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, op. cit., p. 12-14.

¹⁰⁷³ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, op. cit., p. 11. Voy. également B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », op. cit., p. 21 ; I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, op. cit., p. 20.

¹⁰⁷⁴ M. HEIDEGGER, *Chemins qui ne mènent nulle part*, trad. par W. Brokmeier, Gallimard, Paris, 1962, p. 219.

¹⁰⁷⁵ R.A. POSNER, « What has Pragmatism to Offer Law », op. cit., p. 184. On connaît le critère poppérien de falsifiabilité pour la scientificité (voy. B. JARROSSON, « Histoire des idées scientifiques », op. cit., p. 26-27).

¹⁰⁷⁶ L'auteur définit ce déterminisme comme étant la doctrine selon laquelle la « structure du monde est telle que tout événement peut être rationnellement prédit, au degré de précision voulu, à condition qu'une description suffisamment précise des événements passés, ainsi que toutes les lois de la nature, nous soit donnée » (K. POPPER, *L'univers irrésolu*, op. cit., p. 1 ; voy. également p. 27 et 31).

l'information¹⁰⁷⁷. Charles Sanders Peirce, fondateur de la sémiotique¹⁰⁷⁸, propose une structure ternaire et non binaire du signe, impliquant le signe, son objet et un interprétant et dont la coopération constitue un processus qu'il appelle « *semiosis*¹⁰⁷⁹ ». Le sens d'un signe est donné par son interprétant qui, étant lui-même un signe, appelle à son tour une interprétation et ainsi de suite, constituant une chaîne des interprétants, jusqu'à l'interprétant final, idéal régulateur qui fera l'objet du consensus de la communauté idéale des chercheurs¹⁰⁸⁰. Des penseurs comme Gottlob Frege, Bertrand Russell et Ludwig Wittgenstein, qui avaient constaté l'incertitude propre au langage naturel, ont tenté de le reconstruire à l'aide de propositions logiques¹⁰⁸¹. Selon Wittgenstein, il « est humainement impossible de se saisir immédiatement, à partir

¹⁰⁷⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 536.

¹⁰⁷⁸ Il est aussi considéré comme le fondateur de la philosophie pragmatique, et sera suivi par W. James et J. Dewey. Sur l'influence du pragmatisme de Peirce sur le réalisme américain (Holmes fréquentait un « Metaphysical club » à Harvard où il a notamment côtoyé Peirce), voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 426 et 624 ; R.A. POSNER, « What has Pragmatism to Offer Law », op. cit., p. 180).

¹⁰⁷⁹ C.S. PEIRCE, *Collected Papers*, Harvard University Press, 1963, p. 332, prop. 5.484 : « But by 'semiosis' I mean, on the contrary, an action, or influence, which is, or involves, a cooperation of three subjects, such a sign, its object and its interpretant ». Il opère également la distinction entre l'émetteur du message, le message et son récepteur (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 389).

¹⁰⁸⁰ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 577-583. Appliqué au droit, la sémiotique de Peirce permet de considérer que le sens d'un texte est donné par un autre texte exprimant la règle contenue par le premier, l'« interprétant » étant l'interprétation du premier texte et l'« interprétant final » l'interprétation sur laquelle s'accorderait « la communauté idéale de chercheurs ». Contrairement à l'idéal cartésien, « l'idée claire et distincte ne constitue donc pas le point de départ de la pensée mais bien son objectif final » et la *semiosis* « décrit ce processus de clarification progressive de la pensée et donc de son objet, dont l'interprétant final représente l'aboutissement idéal » (*ibid.*, p. 582-586). Sur l'influence de Peirce sur Perelman, voy. *infra*, note 2111.

¹⁰⁸¹ Sur l'échec de ce projet « d'axiomatiser le langage démonstratif de toutes les sciences », voy. J.-Cl. PASSERON et J. REVEL, « Raisonner à partir de singularités », in *Penser par cas*, J.-Cl. Passeron et J. Revel (dir.), Ed. de l'EHESS, Paris, 2005, p. 38. Dès 1923, B. RUSSELL énonce la distinction entre le noyau certain et la pénombre de doute des mots, dans des termes qui anticipent sur la notion de texture ouverte de Hart : « The fact is that all words are attributable without doubt over a certain area, but become questionable within a penumbra, outside which they are again certainly not attributable. Someone might seek to obtain precision in the use of words by saying that no word is to be applied in the penumbra, but unfortunately the penumbra is itself not accurately definable, and all the vaguenesses which apply to the primary use of words apply also when we try to fix a limit to their indubitable

d'elle, de la logique de la langue » car celle-ci « déguise la pensée » et les conventions tacites nécessaires à sa compréhension sont « extraordinairement compliquées ». Une proposition est un « signe par lequel nous exprimons la pensée », une « description d'un état de choses » qui « ne peut être vraie ou fausse que dans la mesure où elle est une image de la réalité ». Alors que le critère cartésien de la vérité était l'évidence, Wittgenstein la définit comme la correspondance entre la réalité et la proposition, la science de la nature étant « la totalité des propositions vraies¹⁰⁸² ». Quelques années plus tard, la pensée du philosophe autrichien va connaître une évolution sensible au point qu'il est devenu commun de parler d'un « second Wittgenstein ». Dans ses *investigations philosophiques*, il n'est plus question d'une redéfinition logique du langage mais de s'intéresser à son usage : « La signification d'un mot est son usage dans le langage¹⁰⁸³ ». Dans *De la certitude*, il écrit encore : « Tu dois avoir présent à l'esprit que le jeu de langage est pour ainsi dire quelque chose d'imprévisible. J'entends par là : Il n'est pas fondé. Ni raisonnable (ni non plus non-raisonnable). Il est là – comme notre vie¹⁰⁸⁴ ». Cette volonté de s'intéresser principalement aux aspects pragmatiques du discours sera reprise par J.L. Austin qui, dès 1939, énoncera la distinction célèbre entre énoncés constatifs, qui ne font que décrire une situation, et énoncés performatifs qui ont pour effet de produire l'action qu'ils décrivent (« je vous marie¹⁰⁸⁵ »). Il

applicability » (« Vagueness », in *Collected Papers of Bertrand Russell*, J. Slated (éd.), Unwin Hyman, London, 1988, vol. IX, p. 151).

¹⁰⁸² L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. par G.-G. Granger, Gallimard, Paris, 1993, p. 43 (prop. 3.12); p. 50-51 (prop. 4.002); p. 51-55 (prop. 4.01, 4.021, 4.023 et 4.06) et p. 57 (prop. 4.11).

¹⁰⁸³ L. WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, trad. par P. Klossowski, Gallimard, Paris, 1961, § 43.

¹⁰⁸⁴ L. WITTGENSTEIN, *De la certitude*, trad. par J. Fauve, Gallimard, 1976, p. 131, § 559.

¹⁰⁸⁵ Il formalisera sa pensée dans *How to Do Things with Words* sur la base de conférences données en 1955 à Harvard (J.O. URMSON, « Editor's preface », in J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford, 1962, p. v). Sur Austin et la distinction, plus alambiquée, entre actes locutoires, illocutoires et perlocutoires, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois, op. cit.*, p. 553-559; D. PASTERGER, « Actes de langage et jurisprudence. Illustrations de la réception de la théorie austinienne de la performativité du langage dans la pratique juridique », *Dissensus*, 2010, p. 70-71; D. PIERET, « From Claim to Rights. Langage, politique et droit », *Dissensus*, 2010, p. 2. Quelques années plus tard, J. SEARLE introduira la distinction entre les faits bruts (des hommes en toge noire) et institutionnels (un procès) : « They are indeed facts ; but their existence, unlike the existence of brute

devient difficile de ne pas constater que la force des enseignements des théories du langage invalide le mythe positiviste d'une perception immédiate, neutre et objective du monde et la conception du langage comme simple « vêtement de la pensée¹⁰⁸⁶ ».

B. En droit

246. — Ces assauts linguistiques ne viendront cependant pas au bout des conceptions positivistes qui poursuivront leur emprise sur la pensée juridique européenne, particulièrement allemande, tout au long de cette période (1) et ce, malgré des dissidences significatives au sein de la communauté juridique (2).

1. Le triomphe positiviste et la sécurité juridique

247. — Au début du XX^e siècle, une certaine conception de la sécurité juridique prévaut, en Europe comme aux États-Unis, et relègue au second rang les considérations de justice et d'équité. Alors que les sciences naturelles, la psychanalyse et la philosophie entament, dans des mesures différentes, la rébellion contre les idées des siècles précédents, la conception juridique dominante continue de refléter la nécessité d'assurer la certitude du droit, jugée essentielle au développement économique et à la paix internationale¹⁰⁸⁷, consacrant le déclin du droit naturel et la victoire du positivisme¹⁰⁸⁸. Tel est évidemment le cas en

facts, presupposes the existence of certain human institutions » (*Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, C.U.P., 1969, p. 51).

¹⁰⁸⁶ Fr. MÜLLER, « Basic Questions of Constitutional Concretization », *Rutgers Law Journal*, 2000, p. 11-12; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 533-536; J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison*, op. cit., p. 81; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 163-165.

¹⁰⁸⁷ P. H. NEUHAUS, « Legal certainty versus Equity in the Conflict of Laws », *Law & Cont. Prob.*, 1963, p. 797.

¹⁰⁸⁸ M. GRAZIADEI, « Rights in the European Landscape... », op. cit., p. 70. Le seul endroit dans le monde moderne où le droit naturel, dans un sens thomiste, avait survécu dans la pratique était la jurisprudence des cours et tribunaux irlandais (J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 425). Dans un arrêt prononcé en 1935, la Cour suprême irlandaise a interprété comme suit la Constitution : « Every act, whether legislative, executive or judicial, in order to be lawful under the Constitution, must be capable of being justified under the authority thereby declared to be derived from God. From this it seems clear that, if any legislation [...] were to offend against that acknowledged ultimate Source [...], as, for instance, if it were repugnant to the *Natural Law*, such legislation would be

Allemagne (a) mais également, dans un premier temps, aux États-Unis (b). Si le positivisme juridique français ne connaît pas, à l'exception peut-être de Carré de Malberg, de figure de proue comparable à Kelsen¹⁰⁸⁹, il n'en demeure pas moins le courant de pensée dominant. Pourtant, la plupart des auteurs interrogent, chacun à leur façon, le bien-fondé de la logique cartésienne de la sécurité juridique.

a) En Allemagne, de Stammler à Kelsen

248. — Le premier témoin du triomphe positiviste est le code civil allemand, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900 et censé contenir toutes les solutions aux problèmes de droit civil. Le droit étant conçu comme un système complet de concepts, principes et règles interdépendants, le rôle du juge ne pouvait, dès lors, que consister en un travail de construction interprétative logique¹⁰⁹⁰. A ce titre, les positions du professeur Rudolf Stammler, qui publie son *Die Lehre von dem richtigen Rechte* en 1902, apparaissent tout à fait isolées. Il y défend l'idée d'un droit juste distinct du droit positif. S'il limite la possibilité pour le juge d'introduire de la justice (*just law*) ailleurs que là où la loi positive le permet, il considère que seule cette dernière connaît des lacunes, le droit juste étant sans défaut. A rebours de la pensée formelle dominante, il relève que la subsumption d'un cas particulier sous une règle générale est sujette à des difficultés inévitables, déplorant par ailleurs que la certitude formaliste soit trop souvent privilégiée à la justice objective¹⁰⁹¹. Cette conception, qui va à l'encontre de la logique cartésienne de la sécurité juridique, sera largement battue en brèche.

249. — S'il serait exagéré de dire que Stammler a réveillé Max Weber de son sommeil dogmatique, il n'est pas contesté qu'il lui a permis de préciser sa pensée dans un ouvrage qui constitue une attaque en règle contre les écrits de l'illustre professeur de Marbourg¹⁰⁹². Le

necessarily *unconstitutional and invalid*, and it would be, therefore, absolutely null and void and inoperative » (*The State (Ryan and Others) v. Lennon and Others*, opinion du juge Kennedy [1935], 1 I.R., p. 205, nous soulignons).

¹⁰⁸⁹ Aucune section ne lui sera donc consacrée dans les lignes qui suivent.

¹⁰⁹⁰ J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 407.

¹⁰⁹¹ R. STAMMLER, *The Theory of Justice*, trad. par I. Husik, The Modern Legal Philosophy Series, New York, Augustus Kelley, 1969, p. 198-199, 207-209, 240 et 484-485.

¹⁰⁹² M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Cerf, Paris, 2003.

célèbre sociologue, juriste de formation et ami de Jellinek¹⁰⁹³, a ensuite développé sa théorie dans *Sociologie du droit*, qu'il rédigea entre 1911 et 1913. Selon ce fervent défenseur de la rationalisation, la création du droit peut être soit rationnelle, soit irrationnelle. Elle est rationnelle du point de vue formel dans la mesure « où, tant du point de vue processuel que matériel, des caractéristiques générales et univoques relatives à la situation de fait sont prises en considération et ce de façon exclusive ». La rationalité au sens matériel exige « que des normes qualitativement différentes de celles obtenues par la généralisation logique d'interprétations abstraites signifiantes doivent influencer sur le règlement des problèmes juridiques : ce sont des impératifs éthiques ou des règles utilitaires, des règles d'opportunité ou des maximes politiques qui brisent le formalisme de la caractéristique extérieure comme celle de l'abstraction logique ». A l'inverse, la création du droit est irrationnelle au sens formel lorsque, pour régler des problèmes de droit, on a recours à des moyens qui ne peuvent être contrôlés par la raison, comme les oracles. Elle est irrationnelle au sens matériel lorsque ce sont, non pas des normes générales mais des évaluations très concrètes du cas particulier qui déterminent les décisions. Selon lui, le travail juridique « qui a atteint le degré suprême de rationalité méthodique », part de plusieurs postulats. Chaque décision concrète constitue l'application d'une prescription juridique abstraite à une situation concrète et, pour chaque fait, il doit être possible de déduire une telle décision à partir de ces prescriptions dès lors que le droit objectif en vigueur constitue un système « sans failles », le cas échéant de façon latente ou, à tout le moins, doit être traité comme tel¹⁰⁹⁴.

Selon Max Weber, l'apparition d'éléments formalistes et rationnels dans l'Occident des temps modernes s'explique sans doute par les besoins combinés de l'administration princière et de la bourgeoisie, dont les intérêts « exigent un droit univoque, clair, libre de tout arbitraire irrationnel, de toute perturbation irrationnelle par des privilèges concrets, garantissant de façon sûre la validité juridique des contrats, donc un droit, en raison de ces caractères, fonctionnant de façon prévisible¹⁰⁹⁵ ». Selon le sociologue, l'économie moderne requiert un système

¹⁰⁹³ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, op. cit., p. 295.

¹⁰⁹⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2007, p. 42-43.

¹⁰⁹⁵ *The Theory of Justice*, op. cit., p. 193-194.

juridique le plus rationnel possible : « L'intensité des échanges modernes exige un droit fonctionnant d'une manière prompte et sûre, c'est-à-dire garanti par la plus forte puissance de contrainte possible, et c'est ainsi que l'économie moderne, par son caractère propre, a contribué plus que toute autre chose à détruire les autres groupements sociaux qui étaient porteurs de droit et donc d'une garantie de droit. Tel a été le résultat du développement du marché ». Et de conclure : « L'extension universelle des sociations de *marché* exige que le droit soit appliqué d'une manière *prévisible* (*kalkulierbar*), selon des règles rationnelles¹⁰⁹⁶ ». Si Weber ne théorise pas la notion de sécurité juridique comme telle, il est évident que toute sa démarche peut être associée aux exigences qui la sous-tendent, notamment la prévisibilité du droit¹⁰⁹⁷. Son plaidoyer en faveur de la rationalisation du droit constitue même une défense vigoureuse de la logique *cartésienne* de la sécurité juridique ainsi que, en ce qu'elle concerne les agents économiques, de sa logique *subjective*. En mettant en évidence l'importance pour le Prince de garantir un droit clair et certain, il propose également une des premières théorisations de la logique *politique* du principe¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ M. WEBER, *Economie et société*, trad. par J. Freund e.a., Plon, Paris, t. 1, 1971, p. 346-350. Il écrit encore que « (s)elon l'ordre normal des choses, le but des personnes qui élaborent en commun une règle de droit ou qui la promulgent est d'ouvrir ou d'assurer par elle », dans le chef de certains individus, « des *chances calculables* de garder à leur disposition certains bien économiques, ou d'en acquérir la disposition ultérieurement » (*ibid.*, p. 325). Comme le relève Fr. RIGAUX, « Max Weber, avait déjà clairement analysé le lien entre sécurité juridique et le développement du capitalisme industriel : celui-ci s'est appuyé sur la prévisibilité des solutions, favorisée par la bureaucratisation du pouvoir politique [...] et l'administration du droit par une classe de professionnels » (*Introduction à la science du droit*, Ed. Vie Ouvrière, Bruxelles, 1974, p. 374). Dans le même sens, F. MODERNE, relève que « (l)a primauté de la loi sur les décisions ponctuelles est de nature, selon Weber, à favoriser l'essor du capitalisme dans la mesure où elle permet une prévision rationnelle et un calcul correct des chances et des risques » (« Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.*, 1999, p. 729).

¹⁰⁹⁷ Il n'ignore pourtant pas l'expression, évoquant notamment « la rédaction systématique du droit dans l'intérêt de la sécurité juridique après des conflits sociaux » (M. WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 196).

¹⁰⁹⁸ On se souviendra qu'il existe, selon lui, « un intérêt politique très puissant à la «sécurité juridique» créée par les codifications » et par un « fonctionnement précis de l'appareil administratif » (*supra*, n° 167).

250. — Dans un texte publié en français en 1936, Gustav Radbruch, qui fut ministre de la Justice pendant la République de Weimar, écrivait que les trois buts communs de tout droit que sont le bien commun, la justice et la sécurité sont en concurrence et que la manière de résoudre le conflit entre ces trois valeurs « constitue une marque distinctive de la conscience juridique à des époques différentes ». Si l'État policier a privilégié le bien commun, et le droit naturel la justice, le positivisme juridique a sacrifié « à la sécurité juridique, élevée à un rang exclusif, la justice et l'opportunité sociale¹⁰⁹⁹ ». Comme pour lui donner raison, dans un extrait de son livre *Rechts- und Staatsphilosophie*, publié la même année, le professeur allemand Wilhelm Sauer a également examiné les rapports entre justice et sécurité juridique, qu'il définissait comme « ordre et stabilité dans la vie juridique de l'État de droit ». Les termes qu'il utilisait, dans ce contexte, ont toutefois une résonance particulière à la lumière des sinistres événements ultérieurs. S'il concédait qu'on puisse penser que le droit injuste n'était pas du droit, il estimait cependant « possible que l'autorité, de qui émane la règle dont il s'agit, ait estimé que cette norme était particulièrement propice à guider, former ou corriger la conscience du peuple et que, de ce point de vue, elle satisfaisait à l'idée du droit, alors que le juge du cas concret [...] qui exécute le règlement ou le commandement du *Führer*, [...] professent une opinion contraire ». En l'absence de garantie que cette personne se ferait « de ce qu'est le droit une idée plus juste que celui qui a porté la règle », le professeur Sauer préférait « accorder la *primauté à la sécurité juridique* », considérant que, « *alors même qu'on risque, dans un cas concret, d'être injuste ou de subir une injustice*, on ne saurait, dans l'intérêt de la collectivité, applaudir à ce qu'une norme juridique ne soit pas respectée, et il faut accepter la décision conforme à la loi comme une *épreuve du destin*¹¹⁰⁰ ». Il n'est guère surprenant que Radbruch ait été amené, après guerre, à s'interroger sur la façon dont le positivisme avait « privé les juristes allemands de toute défense contre

¹⁰⁹⁹ G. RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *op. cit.*, p. 87-89 et 98 (« La sécurité du droit est une prémisses de toute civilisation. L'exigence de sécurité naît de la même nécessité profonde que l'idée de la loi de la nature : c'est le besoin de constituer en un ordre le désordre des données dispersées, de pouvoir prévoir et dominer la réalité »).

¹¹⁰⁰ W. SAUER, « Sécurité juridique et justice », trad. par P. Roubier et H. Mankiewicz, in *Recueil Lambert*, t. III, Sirey, Paris, 1938, p. 34 et 41-42 (nous soulignons).

des lois arbitraires et criminelles¹¹⁰¹ ». Il en conclura qu'il existe une hiérarchie entre les trois buts du droit, la priorité revenant à la justice, puis à la sécurité juridique et au bien commun : « Est utile au peuple, en fin de compte, ce qui crée la sécurité du droit et ce qui vise la justice. La sécurité du droit, que toute loi assure déjà par sa positivité, occupe une position intermédiaire curieuse entre l'utilité et la justice ; d'un côté, elle est exigée par le bien commun, de l'autre, par la justice¹¹⁰² ». Cette critique du positivisme allemand, au regard de la barbarie nazie, ne suffira toutefois pas à jeter le discrédit sur l'œuvre de son chef de file.

251. — En 1934 paraît un des ouvrages majeurs de la théorie du droit : *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen. Son ambition est de construire une théorie juridique qui soit dégagée de tout jugement de valeur, se contentant de décrire le droit positif tel qu'il est, et non tel qu'il doit être¹¹⁰³. Selon lui, le droit « est un ordre ou un règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains » et une norme est la signification d'un acte de

¹¹⁰¹ G. RADBRUCH, « Injustice légale et droit supra-légal », *A.P.D.*, 1995, p. 312. Voy. aussi G. RADBRUCH, *Legal Philosophy*, in *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, trad. par K. Wilk, p. 111 : « With fatal one-sidedness, the past age of legal positivism saw only the positivity and certainty of the law and caused a long standstill in the systematic examination of the expediency, not mentioned the justice, of enacted law, for decades nearly silencing legal philosophy and legal policy ». Cette affirmation est partagée par P. MARTENS qui, évoquant les dérives du III^e Reich et de Vichy, dénonce les « horreurs » issues des « mythes positivistes de la complétude de la loi et de la docilité du juge » (« Les principes généraux du droit », in *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, S. Gilson (dir.), Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 19). Fr. RIGAUX relativise, jurisprudence à l'appui, cette conception et conclut qu'il y a « des raisons de penser que la jurisprudence a péché plus par défaut que par excès de positivisme si l'on déduit de cette doctrine le devoir du juge de se conformer «à la loi» » (*La loi des juges*, Ed. O. Jacob, Paris, 1997, p. 105-107). En ce sens, voy. l'influence de l'école du *Droit libre* sur la jurisprudence allemande pendant la guerre (*infra*, n° 255).

¹¹⁰² G. RADBRUCH, « Injustice légale et droit supra-légal », *op. cit.*, p. 313.

¹¹⁰³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9. Cette seconde édition, remaniée par Kelsen, diffère donc de la première. Déjà en 1926, il préfaçait avec L. Duguit le premier numéro de la *Revue internationale de la théorie du droit* en ces termes : « Nous croyons avoir des raisons sérieuses pour être persuadés que l'unique moyen pour assouvir nos aspirations vers la justice et vers l'équité, c'est l'assurance résignée qu'il n'y ait pas d'autre justice que celle que l'on trouve dans le droit positif des États et de la communauté des États » (H. KELSEN et L. DUGUIT, « Préface », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926, p. 3).

volonté par lequel une conduite est prescrite, permise ou habilitée¹¹⁰⁴. La norme elle-même relève de l'ordre du *Sollen* (devoir être, entendu chez Kelsen comme englobant obligation, droit et pouvoir) et non du *Sein* (être), dont relève par contre l'acte de volonté¹¹⁰⁵. Cependant, un *Sollen* n'acquiert la qualité de norme que lorsqu'à sa signification subjective (l'intention d'obtenir une conduite d'autrui) s'ajoute une signification objective (la conduite attendue est considérée comme devant avoir lieu également du point de vue des tiers désintéressés), qui perdure même après la disparition de la signification subjective : « Alors le *Sollen* est, en tant que *Sollen* objectif, une « norme » qui « vaut », qui « est en vigueur », et qui lie le destinataire. Tel est le cas lorsque l'acte de volonté qui pose un *Sollen* est habilité à le faire par une norme supérieure. Il en va de même de chaque norme, jusqu'à la Constitution, qui dérive sa validité de cette fameuse « norme fondamentale » (*Grundnorm*) qui constitue une « hypothèse, qui fonde la validité objective ». En outre, l'ordre juridique « n'est pas un système de normes juridiques, placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »¹¹⁰⁶.

Même si elle n'occupe pas, de façon explicite, une partie importante dans son œuvre, toute la démarche du positiviste allemand tend, d'une certaine façon, vers la sécurité juridique. Il définit celle-ci comme consistant « en ceci que les décisions des tribunaux sont *jusqu'à un certain point* susceptibles d'être prévues, et d'être escomptées de telle façon que les sujets de droit peuvent orienter leur conduite d'après les décisions juridictionnelles prévisibles¹¹⁰⁷ ». Malgré son attachement à une théorie « pure » du droit, il est conscient que toute application d'une norme appelle une interprétation et laisse toujours une certaine

¹¹⁰⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 13-14 et 83.

¹¹⁰⁵ Cette distinction entre *sollen* et *sein*, héritée de Hume, Kelsen estime qu'elle ne peut « être expliquée davantage » et qu'elle « est donnée à notre conscience de façon immédiate » (*ibid.*, p. 14). Il rejette donc toute conception jusnaturaliste qui affirmerait atteindre « le droit juste immanent dans la nature en le déduisant de la nature, tout comme les hommes retirent l'or de la terre », alors que « la nature, du point de vue de la science, est un ensemble de faits reliés les uns aux autres par la loi de causalité ; et la déduction de normes à partir de faits est logiquement impossible » (« Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles-Paris, 1963, p. 142-143).

¹¹⁰⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 16-17 et 196-197 et 224.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 250.

marge d'indétermination. Conscient de l'impact des juges sur les normes, il conclut son livre en écrivant que seule une conception scientifique de l'interprétation, qui prend en considération l'inévitable ambiguïté normative, « assurera réellement le plus haut degré de sécurité juridique¹¹⁰⁸ ».

b) Aux États-Unis, un succès de courte durée

252. — En 1936, Gustav Radbruch écrivait que « la mission spirituelle du droit anglais » était de « montrer au reste du monde qu'on ne peut sans crainte abandonner l'idée de sécurité », l'Angleterre plaçant « la sécurité juridique au-dessus de toutes les autres valeurs¹¹⁰⁹ ». Si cette affirmation est sans doute un peu radicale, elle ne manque pourtant pas de fondement. On l'a vu, la théorie déclaratoire du droit de Blackstone a été favorablement reçue aux États-Unis¹¹¹⁰ et il est probable que la pensée juridique américaine dominante du XIX^e siècle adhérerait au positivisme juridique¹¹¹¹. Dans ce cadre, la sécurité juridique faisait partie des notions reconnues, les termes mêmes de « *legal certainty* » étant fréquemment utilisés par les cours des états fédérés et, occasionnellement,

¹¹⁰⁸ *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 335-342.

¹¹⁰⁹ G. RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *op. cit.*, p. 87-89.

¹¹¹⁰ Voy. *supra*, n° 212. Comme l'écrivait, en 1824, le juge John Marshall de la Cour suprême : « Judicial power, as contradistinguished from the power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law, and can will nothing. [...] Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge, always for the purpose of giving effect to the will of the legislature; or, in other words, to the will of the law. » (*Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 9 Wheat. 738 (1824), p. 866). Il faudra attendre 1999 pour que la *House of Lords* condamne explicitement cette théorie qualifiée de conte de fées auquel plus personne ne croit (*Kleinwort Benson LTD. v. Lincoln City Council* (n° 8) 1999, 2 A.C. 345, opinion de Lord Browne-Wilkinson : « The theoretical position has been that judges do not make or change law: they discover and declare the law which is throughout the same. [...] This theoretical position is, as Lord Reid said, a fairy tale in which no-one any longer believes. In truth, judges make and change the law. The whole of the common law is judge-made and only by judicial change in the law is the common law kept relevant in a changing world. »).

¹¹¹¹ J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement [...] », *op. cit.*, p. 419. Ces auteurs relèvent que l'influence des écoles positiviste et historique se fit principalement par l'intermédiaire d'auteurs britanniques et identifient le développement ultime de ce type de pensée analytique à la publication, par W.N. Hohfeld, de son célèbre article sur la terminologie juridique en 1913 (W.N. HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale L.J.*, 1913, p. 28-54).

par la Cour suprême¹¹¹². En 1905, l'avocat Fr. Coudert consacre un article à la justice et à la certitude, dans lequel il relate le mécontentement du barreau et des justiciables relatif à l'incertitude croissante du droit jurisprudentiel¹¹¹³. Décrit par J. Frank comme un des auteurs de doctrine les plus influents d'Amérique¹¹¹⁴, le professeur J.H. Beale de Harvard publie en 1916 son *Treatise on the Conflict of Laws*, ode au formalisme juridique mais également à la sécurité juridique. Selon lui, la continuité dans le droit est un besoin social essentiel car il est indispensable, principalement pour des raisons économiques, que chacun, le cas échéant avec une aide extérieure, soit en mesure de déterminer les conséquences juridiques de ses actes et donc de prévoir les décisions judiciaires à partir des textes légaux¹¹¹⁵. Enfin, si le droit américain ne produit pas de code à cette époque, le phénomène des « *Treatises* », sorte de compilations systématisées de jurisprudence, fait son apparition. En 1923, l'*American Law Institute* est fondé, notamment pour produire des traités, appelés *Restatements*, dans les branches principales de la jurisprudence américaine. Vers la fin des années 1920, ces travaux pouvaient être considérés comme la transposition pratique de la philosophie du droit positiviste, même si leur succès limité prépara

¹¹¹² Supreme Court, *Humphrey Marshall and Wife vs. James Currie* [février 1807], in *Reports of Decisions in the Supreme Court of the United States*, 5^e éd., Little, Brown & Cie, Boston, 1870, vol. 2, p. 60; *Barry v. Edmunds* [avril 1886], *Virginia Law Journal*, vol. 10, Issue 4 (April 1886), p. 206. Au niveau fédéré, voy. notamment *Engels, Sheriff & Cie v. Day and others, Reports of Cases in the Supreme Court of the State of Arkansas*, 1842, vol. 3, p. 278.

¹¹¹³ Cet article est repris dans un ouvrage publié en 1913 : Fr. R. COUDERT, *Certainty and justice*, *op. cit.*, p. 13.

¹¹¹⁴ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 53. Sur les critiques de Frank à son égard, voy. *infra*, n° 264.

¹¹¹⁵ J.H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 45-46, § 4.12 : « The social need of continuity in law is most clearly felt because society needs to know the law in advance of judicial action upon it. In order that law may help rather than hinder the carrying on of the work of society it must be possible for every person, of his own knowledge or by the help of others' knowledge, to discover the application of the law to any contemplated act. He must be in some way secured against unexpected legal consequences of his actions. Business could not go on, industry could not be maintained unless it were possible for the producer or the merchant to learn how he could conform his activities to the law. For this purpose it must be possible for one learned in the law to speak with authority on the application of law to the proposed acts and to predict with reasonable degree of certainty the decision of courts in case the legality of the acts should be called in question. » (nous soulignons).

le terrain pour une critique de la doctrine formaliste, incarnée principalement par le réalisme américain¹¹¹⁶.

2. Les dissidences antipositivistes

253. — Les théories critiques du positivisme ambiant ne se limitent pas au jusnaturalisme de Stammler. Que ce soit en Allemagne, avec la jurisprudence des intérêts et l'École du droit libre (a), en France et en Belgique, avec la libre recherche scientifique (b), aux États-Unis avec la *sociological jurisprudence* et le réalisme américain ou en Suède et au Danemark avec le réalisme scandinave (c), partout est critiquée la conception mécaniste du droit et son décalage par rapport à la pratique juridictionnelle, confrontée à des intérêts souvent antagonistes. Si ces différents auteurs contestent, en filigrane et dans des mesures diverses, la logique *cartésienne* de la sécurité juridique, certains ne peuvent s'empêcher de montrer leur attachement à l'idéal d'une certitude juridique absolue¹¹¹⁷.

a) Les dissidences allemandes

254. — En Allemagne, c'est à l'encontre de la conception d'un code sans lacune que vont se développer deux écoles, celle de la jurisprudence des intérêts et l'École du droit libre. Selon Ph. Heck, le précurseur du premier mouvement est Jhering, même s'il n'a pas tiré les conclusions de sa théorie en ce qui concerne la méthode de décision juridictionnelle et n'a pas suffisamment analysé les effets du droit sur la vie réelle¹¹¹⁸. De façon plus radicale, la théorie de la jurisprudence

¹¹¹⁶ J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 429-430.

¹¹¹⁷ Il apparaît également que, contrairement aux opinions de certains (voy. *supra*, n° 158), la doctrine française n'a pas attendu que le Conseil d'État consacre le principe de sécurité juridique pour affirmer l'importance de la certitude du droit (Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 110-112 et les réf. à Battifol, Dabin, Waline et Hauriou). S'il ne cite pas les termes de « sécurité juridique », M. Hauriou se réfère constamment au besoin de stabilité et, complétant la définition d'Ulpien, affirme que le droit est « à la fois l'*ars boni et aequi* et l'*ars stabilis et securi* » (« L'ordre social, la justice et le droit », *R.T.D.civ.*, 1927, p. 824).

¹¹¹⁸ Selon Heck, l'École du droit libre, qui essaie de libérer les juges des contraintes du droit écrit, est une progéniture de la nouvelle École de la jurisprudence des intérêts et il convient de la répudier (« The Jurisprudence of Interests. An outline », *op. cit.*, p. 32). D'autres auteurs présentent Heck comme un membre dissident de l'École du droit libre (J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... »,

des intérêts souhaite se libérer de l'accent que mettait l'École historique sur les concepts généraux comme fondement causal des règles de droit, alors que les commandements juridiques précèdent les concepts et résultent des besoins pratiques de la vie, de leur évaluation et de leur ajustement. Toute règle de droit est, en effet, la traduction d'un intérêt et, le plus souvent, d'un conflit d'intérêts qu'il incombe au juge d'identifier¹¹¹⁹. Ph. Heck discrédite le modèle dogmatique selon lequel le juge se limiterait à repérer la règle de droit applicable, à subsumer les faits qui lui sont soumis par une opération logique et à combler une éventuelle lacune par une méthode de construction interprétative systématique. Au contraire, en cas de faille législative, il doit d'abord cerner le conflit d'intérêts qui se joue dans le cas qui lui est soumis, puis vérifier si le même conflit sous-tend d'autres textes législatifs afin d'appliquer, par analogie, leur solution au cas qui lui est soumis. A défaut de tels textes, il doit décider le cas comme l'aurait fait le législateur¹¹²⁰.

255. — Le mouvement allemand de l'École libre trouve ses racines dans une conférence d'Eugen Ehrlich en 1903 et un essai de Hermann Kantorowicz en 1906¹¹²¹, publié sous le pseudonyme de Gnaeus Flavius, ce scribe romain qui aurait rendu publiques les formules procédurales pour agir en justice¹¹²². Il y défend, sous forme de manifeste, ce qu'il appellera le nouveau mouvement du « Droit libre » (*Freie Recht*), qui vise à rendre compte de la pratique réelle du droit et consiste en l'exact

op. cit., p. 418), ce que la chronologie semble confirmer si on prend en compte les premiers écrits de Ph. Heck ou infirmer si on part de Jhering comme précurseur de l'École de la jurisprudence des intérêts.

¹¹¹⁹ Ph. HECK, « The Jurisprudence of Interests. An outline », *op. cit.*, p. 31-36. La science juridique doit donc suggérer des règles pour la solution des différents conflits d'intérêts et ensuite les classer et les systématiser, et non l'inverse, les concepts juridiques n'étant que des condensations subséquentes de règles juridiques, des labels apposés sur les tiroirs dans lesquels on range les règles par souci d'efficacité (*ibid.*, p. 37 et 46-48).

¹¹²⁰ *Ibidem*, p. 37-42. Selon lui, la méthode constructiviste est illogique, peu utile et n'assure pas la sécurité juridique (vu les controverses sur la construction des concepts). Si elle permet au juge de se rassurer quant à l'objectivité de son raisonnement, il s'agit cependant d'un artifice masquant son vrai raisonnement, qu'il qualifie de « crypto-sociologie ».

¹¹²¹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 359. Certains auteurs identifient déjà ces racines, outre chez Jhering, dans des écrits de J. Kohler en 1886 et du même E. Ehrlich en 1888, ou dans l'œuvre de Fr. Gény (J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 408).

¹¹²² Voy. *supra*, n° 168.

contraire de ce qui est enseigné¹¹²³. En résumé, Kantorowicz attend du juge qu'il respecte la signification claire du code sauf lorsqu'il est convaincu que le législateur actuel aurait décidé autrement dans le cas particulier ou qu'il y a une lacune à combler. En outre, dans les cas désespérés ou qui impliquent uniquement une appréciation quantitative, il doit décider selon son libre arbitre. Enfin, dans les procédures civiles, les parties devraient toujours être autorisées, d'un commun accord, à relever le juge de son obligation d'appliquer des règles légales. Kantorowicz nie le fait que ces idées entraîneraient l'arbitraire du juge dès lors que la pluralité de magistrats et le système des voies de recours limitent suffisamment le risque d'excès de subjectivité. Et de conclure que, tout comme le fait que le juge n'a plus besoin de fouet, de forceps et de fers chauds pour obtenir une confession qu'il peut dorénavant obtenir à l'aide d'un esprit bien fait, viendra un temps où il ne devra plus recourir au code, à des fictions et à des constructions interprétatives pour élaborer un jugement que sa propre volonté peut produire¹¹²⁴. Comme le relève Kelsen, une telle théorie, par sa flexibilité maximale, n'a pas vocation à garantir la sécurité juridique¹¹²⁵. Du reste, Kantorowicz reconnaissait que des idéaux comme la légalité ou la sécurité juridique étaient irréconciliables avec le nouveau mouvement mais que, de toute façon, ces postulats soit n'avaient jamais été réalisés, soit ne méritaient pas de l'être¹¹²⁶. L'École du droit libre

¹¹²³ H. KANTOROWICZ, « The Battle for Legal Science » (sous le pseudonyme de Gnavius Flavius), trad. par C. Merrill, *G.L.J.*, 2011, p. 2007-2011 et 2019 (« For it becomes more incredible and utterly out of the question that the creator of a legal proposition had foreseen all cases subordinate to it, and, if he had, would have decided in favor of that proposition. So then no legislator, no power, no will, not that mystical «will of the legal code», and certainly no reality will stick any more behind those universal propositions, and their increasing number of cases within the general public, than the hollow sound of words and the ink of printed paper »). Il entame de la sorte son texte : « May this work recruit new fighters in the struggle for the liberation of legal science, for the assault on the last bastion of scholasticism » (*ibid.*, p. 2005).

¹¹²⁴ *Ibidem*, p. 2013-2014 et 2024-2025 et 2030.

¹¹²⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 251.

¹¹²⁶ H. KANTOROWICZ, « The Battle for Legal Science », *op. cit.*, p. 2024. Plus loin, il écrit encore, marquant une différence importante avec le réalisme américain : « 'A judgment must be foreseeable'. A lovely idea of course, but eternally unattainable. If a judgment were foreseeable, there would be no litigation as well as no judgments, for who would endure a lawsuit in which he, as it was foreseen, would lose? » (*ibid.*, p. 2026). Il est piquant de constater qu'il a pris comme pseudonyme le nom du scribe qui s'est, le premier, battu pour la logique subjective de la sécurité juridique.

commença à décliner en raison notamment du départ de plusieurs de ses membres, dérangés par l'anarchie juridictionnelle prônée par les plus radicaux. Cela ne l'empêcha pas d'avoir une influence pratique sur plusieurs juges qui, particulièrement durant l'inflation des années 1920, réécrivaient de nombreux contrats dans un esprit de justice, le sens littéral comportant des charges devenues déraisonnables. Si cette attitude suscitait déjà la critique, le discrédit définitif du mouvement viendra de sa récupération par les nazis, qui auraient notamment convaincu certains juges de faire de l'interprétation libre afin de promouvoir la moralité nationale-socialiste¹¹²⁷.

b) La libre recherche scientifique franco-belge

256. — Les mêmes tendances s'observent en France, avec François Gény qui développe sa notion de « libre recherche scientifique » dans sa *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, l'œuvre majeure qu'il publie en 1899¹¹²⁸. D'emblée, et tout en insistant sur le besoin de sécurité, il établit sa parenté avec le mouvement allemand qui, depuis Jhering, se centre sur les intérêts individuels :

Toute la mission de la jurisprudence, dans l'ordre positif, consiste à dégager et à appliquer aux relations qu'engendre l'état de société, sous la sanction coercitive qu'assure la force du pouvoir social, des règles, qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité¹¹²⁹.

¹¹²⁷ J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 416-419. J.-M. Kelly évoque également l'exemple du *czzzode* pénal du 28 juin 1935, qui punissait tout acte déclaré illégal par la loi « qui, à la lumière de l'objectif de base du droit pénal, et selon le sain sentiment populaire, mérite d'être puni » (*A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 360 (trad. libre). Cette influence permet de relativiser le lien entre le régime nazi et le positivisme (voy. *supra*, n° 250).

¹¹²⁸ Sur la controverse visant à déterminer quelle expression, entre celle de « libre recherche scientifique » ou celle, utilisée par Ehrlich, de « *Freie Rechtsfindung* », fut proposée en premier, voy. J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 410.

¹¹²⁹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 1954, p. 5, § 3.

La même méfiance envers les conceptions et constructions abstraites l'anime mais, moins radical, il considère que l'interprète doit en tenir compte. S'il reconnaît qu'un ordre juridique conçu comme un système d'axiomes semble donner au droit positif « une fermeté et une fixité de doctrine, qui assurent aux relations juridiques la sécurité indispensable », il estime cependant que le « vice capital du système » est de « stagner le droit et d'arrêter d'emblée tout essor d'idées nouvelles » et dénonce le « manque de plasticité » qu'« inflige au droit positif » le système d'interprétation « purement légal et déductif ». Il critique l'opinion selon laquelle « la plénitude des solutions juridiques est contenue dans le système traditionnel », limité à des « éléments objectifs, issus de la loi écrite ou suggérés par une logique absolue, qui puissent supprimer mécaniquement, et par une sorte de fatalisme géométrique, la part du jugement individuel dans la mise en œuvre du droit¹¹³⁰ ». Au contraire, le droit positif ne peut pas couvrir toutes les situations, et c'est dans ces cas que le juge doit recourir au droit libre¹¹³¹. Malgré la petite révolution que représente l'œuvre de Gény dans la doctrine française, il va moins loin que les tenants du *Freie Recht* et refuse de voir dans la jurisprudence une source formelle du droit. En outre, il conserve un attachement important à la sécurité juridique, qu'il appelle « certitude du droit » et qu'il qualifie de « besoin primordial, absolu, indiscutable », même s'il en relativise la portée¹¹³². Il montre bien la contradiction inhérente à la plupart des juristes de son époque, et encore décelable aujourd'hui, entre une prise de conscience de la relative imprévisibilité du droit en pratique et le désir, peut-être inconscient, d'une certitude juridique absolue. Sans pour autant « sacrifier à une chimère d'inflexibilité et d'égalité abstraites toute idée d'adaptation individuelle des principes généraux », Gény se garde ainsi « de mettre en doute l'importance absolument capitale de la certitude des solutions juridiques, en vue d'une ferme direction de la pratique et de la sécurité indispensable au progrès de la vie sociale ». Cette réserve faite, poursuit-il, « et tout en maintenant, hors de là, comme un *desideratum* absolu, la stabilité et la certitude du droit », il « reste à savoir, dans

¹¹³⁰ *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, t. I, 1954, p. 64-67 (nos 32-33); 217 (n° 86) et t. II, p. 87-89 (§ 158-159).

¹¹³¹ J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 409-410.

¹¹³² F. GENY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, t. II, 1954, p. 29-56, spéc. p. 49.

quelle mesure cet idéal est réalisable, et par quels moyens on s'en peut rapprocher¹¹³³ ».

257. — S'inscrivant dans les pas de GénY, le juriste belge Paul Vander Eycken promeut également une méthode de recherche libre, qui doit constituer « la source première du droit ». Selon lui, le droit « est un phénomène social provoqué par le conflit des intérêts » et le second but social après le bonheur est la liberté. Sa méthode de recherche libre consiste à « étudier les éléments juridiques en eux-mêmes, à prendre pour base directe la réalité, c'est-à-dire les besoins sociaux », à trouver la solution la plus conforme aux exigences de la réalité sociale, puis à la confronter avec les sources formelles : « A la recherche spontanée appartient le rôle de proposer des solutions ; aux éléments formels du droit, le rôle critique¹¹³⁴ ». On aurait tort d'en conclure que la valeur de la sécurité juridique ne joue aucun rôle chez Vander Eycken. En effet, la sécurité arrive en troisième position dans l'ordre des buts sociaux car, sans elle, « les projets les mieux pensés et les mieux prévus peuvent être traversés et ruinés ; sans elle, celui qui agit ignore s'il obtiendra et conservera le fruit de son activité ». Sa valeur « réside en ce qu'elle favorise la liberté et en garantit les résultats » mais elle pourra être préférée à cette dernière « lorsque la liberté poussée trop loin deviendrait nuisible à elle-même ; dans cette hypothèse, l'ordre de choses existant doit être conservé ». Plus loin, il écrit que « la liberté illimitée manque de sûreté » qui est « une exigence primordiale de la vie sociale », et qui justifie que les solutions juridiques ne soient pas laissées à l'appréciation individuelle, que des lois soient créées et publiées et que, dans certains cas, le législateur décide de « reporter la mise en vigueur de la loi à une époque postérieure à sa publication, afin que l'on ait le temps de s'y accoutumer et de prendre éventuellement ses dispositions¹¹³⁵ ». Il propose même un véritable plaidoyer de la sécurité qu'apporte le droit :

Qu'importe les menus inconvénients du droit, s'il les compense au centuple par ses avantages ! Il sacrifie la justice dans quelques cas, c'est

¹¹³³ *Méthode d'interprétation...*, op. cit., t. I, 1954, p. 216-217, n° 86.

¹¹³⁴ P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Falk Fils, Bruxelles, 1906, p. 8, 11, 115, 323 et 326. Pour un résumé critique de cette méthode, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 491.

¹¹³⁵ P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, op. cit., p. 115-116 et 325-326 (ce besoin de sûreté donne également à la loi son caractère conservateur et impose de ne changer les lois « que lorsque les idées nouvelles se sont propagées et ont pris une telle consistance que la situation légale établie en

certain, mais il l'assure dans l'immense majorité des autres; il la garantit contre l'arbitraire des opinions personnelles; il la dégage du sentiment pour en faire une science de raison: il donne au traitement des relations sociales la sécurité, l'impartialité; il permet de connaître à l'avance les conséquences des actes; il trace et éclaire le chemin que l'équité laisse indécis¹¹³⁶.

258. — Il est frappant de constater, chez ces deux auteurs, le contraste entre leur volonté de s'écarter du modèle positiviste dominant, en défendant le rôle actif du juge, et leur incapacité à se débarrasser d'une conception du droit qui s'apparente à la logique cartésienne de la sécurité juridique. Pour Géný, on l'a vu, la stabilité et la certitude du droit doivent rester un « *desideratum* absolu ». Dans le même sens, Demogue écrivait du besoin de sécurité, en 1911, qu'il était peut-être le « plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale » et « un des intérêts dont la législation moderne se préoccupe le plus ». Selon lui, la sécurité fonde le principe de non rétroactivité, d'uniformité législative, de clarté, de précision et de stabilité des lois et elle explique que les coutumes tendent à être remplacées par des loi écrites et les lois par des codes. Afin de « sauvegarder la sécurité des relations juridiques », on admet « la routine de l'interprétation déductive », on exige de « savoir d'avance ce que les juges décideront sur un contrat » et on exclut les lacunes du système juridique. Sur le plan social, poursuit Demogue, la sécurité constitue « la base la plus solide de la théorie libérale en politique » mais également un « argument solide en vue du socialisme d'État¹¹³⁷ ».

Le juriste français est cependant bien conscient des limites de ce que le droit peut offrir en termes de certitude: « Toute sécurité complète est un idéal impossible à atteindre », particulièrement en droit, non seulement en raison de l'obstacle posé par les « événements naturels »,

devient véritablement artificielle. Alors la modification est attendue, elle consacre la situation naturelle et, loin de compromettre la sûreté, elle la raffermir »).

¹¹³⁶ *Méthode positive...*, *op. cit.*, p. 336. Le problème des réactionnaires, poursuit-il, est qu'ils ne saisissent pas ce rapport entre la liberté et la sécurité et privilégient la seconde et le *statu quo* au lieu de voir que celui-ci ne se justifie que parce qu'il a traduit, à un moment donné, le résultat des forces en présence. En cas de changement, « prétendre à tout prix maintenir ce qui existait précédemment, c'est empêcher l'établissement d'une harmonie nouvelle, qui est devenue nécessaire, c'est compromettre la sécurité elle-même » (*ibid.*, p. 116).

¹¹³⁷ R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1911, p. 64-67 et 98. Th. Piazzon relève que Demogue ne distingue pas toujours clairement entre sécurité matérielle et juridique (*La sécurité juridique, op. cit.*, p. 102).

mais la justice varie selon les juges, les systèmes doctrinaux sont multiples et l'interprétation des lois manipulable : « Pour avoir la sécurité complète, il faudrait l'immobilité indéfinie de la société ». Il relève en outre que, en droit privé, l'idée de sécurité est à la base de nombreuses dispositions légales qui permettent de déposséder le titulaire d'un droit de certains avantages dans l'intérêt de tiers qui ont pu « raisonnablement croire » à l'inexistence de ce droit. Il s'agit d'une conception de la sécurité que Demogue qualifie de dynamique et qu'il oppose à une conception statique, qui est la contrepartie de la première et vise à garantir les droits acquis. Cette opposition du statique et du dynamique, de l'ordre et du mouvement constitue le nœud du problème car « l'idée de sécurité se retourne contre elle-même ». Il « s'agit de voir si l'on préférera la sécurité des titulaires de droits ou celle des acquéreurs de droits » et il y a « donc fatalement des cas où la loi et le juge doivent choisir entre la sécurité des uns et des autres, entre l'intérêt du commerce et celui des possédants¹¹³⁸ ». Demogue met ainsi en évidence la complexité qui se trouve au cœur du principe de sécurité juridique et le fait que ce principe, dans sa dimension subjective, peut entraîner des conflits entre des parties l'invoquant dans des sens contradictoires.

259. — On ne trouve pas de trace, à l'époque, de la logique fiduciaire du principe de sécurité juridique. Une exception, toutefois. Dès la fin du XVIII^e siècle, Emmanuel Lévy plaçait les notions de confiance légitime et de croyance au cœur du droit. En 1922, il écrivait que « la croyance crée le droit¹¹³⁹ » et, quelques années plus tard, que « notre croyance légitime en nous et en autrui nous fait acquérir le droit, oblige les autres envers nous », le problème principal étant de savoir « *Sur quoi puis-je compter*¹¹⁴⁰ ».

¹¹³⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 68-93 (« l'intelligence la plus aiguisée ne peut prévoir tout ce qui arrivera et risque d'avoir tout prévu, sauf ce qui se produit »).

¹¹³⁹ E. LÉVY, « Introduction au droit naturel », in *Les fondements du droit*, Ed. Félix Alcan, Paris, 1939, p. 96.

¹¹⁴⁰ E. LÉVY, « Éléments d'une doctrine », in *Les fondements du droit*, op. cit., p. 131). Du contrat, il écrivait qu'il était « la procédure de confiance devenue procédure des échanges » (« Définition du contrat », in *Les fondements du droit*, op. cit., p. 144). Pour une critique de cette importance accordée à la confiance légitime, voy. G. RIPERT, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Revue critique de*

c) *Les réalismes américain et scandinave*

260. — A la différence des tendances prévalant sur le continent européen, surtout en France, l'attachement américain à la sécurité juridique s'est toujours accompagné d'une perspective imprégnée de philosophie pragmatique et fortement axée sur l'œuvre des cours et tribunaux¹¹⁴¹. Dès 1892, John Chipman Gray, professeur à Harvard, refuse la conception austinienne selon laquelle la science juridique doit se limiter à décrire le droit, qui ne serait constitué que des commandements du souverain. Il propose de remplacer ce dernier par les cours et tribunaux et de définir la « Jurisprudence » comme étant la science qui s'occupe des principes en vertu desquels les juges doivent décider les cas particuliers qui leur sont soumis¹¹⁴². Dans son ouvrage *The Nature and Sources of the Law*, publié en 1909 à titre posthume, sa conception semble s'être radicalisée. Le droit n'est plus constitué que des règles posées par les tribunaux et les lois ne sont que des sources juridiques, des mots auxquels les juges doivent donner une interprétation¹¹⁴³. Les positions de Gray contrastent incontestablement avec la pensée formaliste¹¹⁴⁴, et ouvrent la voie au mouvement réaliste américain. Au goût d'un radical comme Jerome Frank, il reste cependant encore trop

législation et de jurisprudence, 1928 p. 21-36. Sur la théorie d'E. Lévy, et notamment sa thèse de 1896, voy. également S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 9 et 593-594.

¹¹⁴¹ J.E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 420. Sur le mélange, propre aux États-Unis, du pragmatisme de la *Common law*, et de l'approche scientifique de l'Europe continentale, voy. H. PIHLAJAMAKI, « Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared », *Am. J. Comp. L.*, 2004, p. 483-484.

¹¹⁴² J.C. GRAY, « Some Definitions and Questions in Jurisprudence », *Harv. L. Rev.*, 1892, p. 24-28. Il est piquant de constater la raison de son désaccord avec la critique, formulée par le professeur Holland, à l'encontre de l'utilisation française du mot « jurisprudence » qui désignait, à l'origine, la science du droit (voy. Th. E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 8^e éd., Clarendon Press, Oxford, 1896, p. 2-4). Selon Gray, il est au contraire souhaitable d'avoir une expression pour la science qui enseigne la façon dont les tribunaux d'un pays particulier *doivent* décider les cas. Nul doute que la doctrine française positiviste aurait froncé les sourcils à l'évocation de cette conception.

¹¹⁴³ J.C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, Ashgate Dartmouth, Aldershot, 1921, p. 54 et 63 (« all the Law is judge-made law »).

¹¹⁴⁴ Il dénonce l'habitude des juges de minimiser leur pouvoir créateur en affirmant que leur seule fonction est de construire des syllogismes, alors que le droit jurisprudentiel est une sorte de législation (« Some Definitions and Questions in Jurisprudence », *op. cit.*, p. 33 ; *The Nature and Sources of the Law*, *op. cit.*, p. 63).

attaché à l'ancienne philosophie, comme en témoigne son utilisation récurrente des termes « *rules* » et « *principles* » et son insistance sur la généralité comme étant l'essence de la loi.

261. — La « nouvelle attitude » envers le droit sera exprimée en 1897 par Oliver Wendell Holmes Jr., qui deviendra plus tard juge à la Cour suprême¹¹⁴⁵. Le célèbre juriste, pour qui la vie du droit n'était pas faite de logique mais d'expérience¹¹⁴⁶, a rompu définitivement avec le courant formaliste et positiviste ambiant. Selon lui, le droit ne peut être considéré comme un système rationnel, déduit de principes éthiques ou d'axiomes. Si on veut savoir ce qu'est le droit, il ne faut pas adopter la perspective d'un homme bon, qui fonde son comportement en fonction de sa conscience, mais celle d'un homme mauvais (*bad man*), qui n'a que faire des axiomes et des déductions et souhaite uniquement savoir ce que tel tribunal est susceptible de décider dans son cas. Et Holmes d'acquiescer : « I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law ». Il convient donc d'abandonner la méthode logique et formelle qui n'est qu'une façon de flatter ce désir de certitude et de repos qui se trouve dans tout esprit humain, la première n'étant qu'une illusion et le second n'étant pas la destinée de l'homme. Derrière la forme logique d'une décision se trouve toujours un jugement de valeur, certes le plus souvent inarticulé et inconscient. Et de conclure : « You can give any conclusion a logical form¹¹⁴⁷ ». Cette attitude relativiste ou sceptique, qui semble rompre définitivement avec les exigences de la sécurité juridique, fera fortune aux États-Unis et, couplée à la pensée pragmatique de Peirce et Dewey donnera lieu à un courant

¹¹⁴⁵ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 132-133 ; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 366-368 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 424. Comme le relève Fuller : « The realist himself likes to consider his movement as taking its origin in an address delivered by Justice Holmes in 1897 » (« American Legal Realism », *Penn. L. Rev.*, vol. 82, 1934, p. 429).

¹¹⁴⁶ O.W. HOLMES Jr., *Common Law*, MacMillan, London, 1882, p. 1 (« The life of the law has not been logic : it has been experience »).

¹¹⁴⁷ O.W. HOLMES Jr., « The Path of the Law », *Harv. L.R.*, 1897, p. 459-461 et 466. Pour un commentaire de cette phrase, voy. S.D. SMITH, « The (Always) Imminent Death of the Law », *San Diego L. Rev.*, 2007, p. 52-56. Sur la notion de « bad man » chez Holmes, voy. W. TWINING et D. MIERS, *How To Do Things With Rules*, 4^e éd., Butterworths, Londres-Edimbourg-Dublin, 1999, p. 73-75.

majeur de la théorie du droit américain : l'École réaliste¹¹⁴⁸. Celle-ci subira également l'influence des auteurs allemands de l'École du droit libre, importés notamment par l'intermédiaire d'un autre juriste célèbre, Roscoe Pound, qui restera connu comme le fondateur du courant américain de *Sociological jurisprudence*¹¹⁴⁹. Nous examinerons les théories de trois des représentants de l'École réaliste : Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn et Jerome Frank. Contrairement à certaines idées reçues, il apparaît que le courant réaliste est attaché à la sécurité juridique, même si c'est sous une forme différente de sa conception « traditionnelle ».

262. — L'idéal de certitude conspué par Holmes, Benjamin Cardozo, juge à la Cour suprême de 1932 à 1938, reconnaît l'avoir nourri dans ses premières années de magistrature, avant d'accepter l'inévitable incertitude¹¹⁵⁰. Selon lui, le grand problème du droit est d'opérer la synthèse des opposés. Invoquant Whitehead et Démogue, il commence son étude des antinomies du droit par celle de la stabilité et du progrès et propose de concevoir, dans la lignée de la théorie de la relativité d'Einstein, le droit comme définissant une relation entre des points qui sont, le

¹¹⁴⁸ H. PIHLAJAMAKI, « Against Metaphysics in Law... », *op. cit.*, p. 471 et 479-481 ; J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 401. Ces auteurs considèrent que le début officiel du mouvement est un discours donné par le professeur H. Oliphan à la réunion annuelle de l'*Association of American Law Schools* en 1927 (*ibid.*, p. 431). Pour un exposé critique de la pensée réaliste, voy. M.S. GREEN, « Legal Realism as Theory of Law », *Wm & Mary L. Rev.*, 2004-2005, p. 1917-1999 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 376-380. Comme le relève Fuller, si la jurisprudence des intérêts présente certains points communs avec le réalisme américain, elle ne considère pas, à la différence de ce dernier, le droit comme étant la science de la prévision du comportement judiciaire (L. FULLER, « Introduction », in *The Jurisprudence of Interests*, *op. cit.*, p. XX).

¹¹⁴⁹ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 424. Pour un exposé très détaillé sur l'influence du mouvement du droit libre sur les thèses réalistes américaines, voy. J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 399-455. R. Pound affirme que la certitude recherchée par l'application mécanique de règles fixes au comportement humain a toujours été illusoire mais opère une distinction entre le domaine des affaires et des transactions, où il y a un besoin de sécurité juridique, et les autres domaines du droit qui régulent la vie humaine individuelle, où la flexibilité doit prévaloir (*Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1922, p. 142-143 ; « The Theory of Judicial Decision », *Harv.L.R.*, 1922-1923, p. 825). Pour Frank, cependant, Pound n'arrive pas à se débarrasser complètement du mythe de la certitude (*Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 221-231).

¹¹⁵⁰ B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.*, p. 166.

plus souvent, en mouvement¹¹⁵¹. Il ne cache pas sa dette intellectuelle envers les juristes allemands de la fin du XIX^e siècle, soulignant l'importance du but que le droit doit poursuivre, à savoir la justice sociale et le bien commun, et des intérêts sociaux qu'il doit prendre en compte, notamment à l'aide de la sociologie, sans pour autant sacrifier la cohérence et l'uniformité. Les forces qui animent le développement et le progrès du droit sont nombreuses : la philosophie, l'histoire, la coutume, la logique, l'utilité, mais aussi les standards acceptés de comportement juste. Leur poids respectif dépend des intérêts en jeu, l'intérêt social le plus fondamental étant l'uniformité et l'impartialité du droit. Les juges ont donc un pouvoir créateur mais Cardozo refuse de limiter le droit aux décisions des tribunaux et restreint leur pouvoir aux interstices laissés libres par le législateur. Il se montre plutôt modéré et est tout à fait conscient de l'importance de la certitude en droit. Le juge doit donc suivre un précédent, sauf lorsqu'il apparaît que l'équilibre harmonieux et cohérent qui le justifiait a disparu et que son application pourrait heurter le sens de la justice ou du bien commun,¹¹⁵² Et de conclure que la balance doit être constamment réajustée afin de restaurer l'équilibre entre précédent et justice, dans l'espoir que, « quelque part entre le culte du passé et l'exaltation du présent apparaîtra le chemin de la sécurité¹¹⁵³ ».

263. — Si Cardozo est considéré par tous comme un réaliste, il est clairement modéré, surtout en comparaison avec les positions d'un Karl Llewellyn, qui est, selon Fuller, le plus représentatif du mouvement¹¹⁵⁴. Il publie *The Bramble Bush* en 1930, un livre destiné aux étudiants en droit, dont la renommée contribuera grandement à répandre les thèses réalistes. Selon lui, il est inévitable que l'action publique, par souci de confort, de sécurité et de prévention, présente une certaine régularité de nature à la rendre prévisible, ce qui va entraîner le sentiment qu'il

¹¹⁵¹ B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, op. cit., p. 4 (« 'Nomos', one might fairly say, is the child of antinomies, and is born of them in travail ») et 5-12 et 14).

¹¹⁵² *Ibidem*, p. 10 (« I take judge-made law as one of the existing realities of life »); p. 64-74, 103-113, 137 et 150-151.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 160 (trad. libre : « Somewhere between worship of the past and exaltation of the present, the path of safety will be found »). Il précisera, dix ans plus tard : « Certainty and uniformity are gains not lightly to be sacrificed » (*The Paradoxes of Legal Science*, op. cit., p. 30).

¹¹⁵⁴ L.L. FULLER, « American Legal Realism », op. cit., p. 430.

devrait (ought) y avoir une telle récurrence et une telle prévisibilité. Il en résulte les idées de règle et de précédent, qui sont caractéristiques de toute institution, mais ne valent comme règles contraignantes que dans la mesure où elles permettent de prévoir ce que les juges vont décider et qu'elles sont, effectivement, suivies par ceux-ci¹¹⁵⁵. L'étude des précédents permet d'assurer une certaine prévisibilité mais ne garantit pas la solution qui sera retenue par un tribunal donné. Les lois, qui demandent à être interprétées, sont d'autant plus incertaines qu'elles sont généralement mal rédigées et suscitent la méfiance des juges de Common law. Outre la logique et les précédents qui le contraignent à exclure certaines hypothèses indéfendables, le juge est également conditionné par son « attitude », à savoir son contexte personnel et sa conscience. Conscient des limites de la logique cartésienne de la sécurité juridique, le réaliste encourage néanmoins sa démarche. Il estime ainsi qu'il convient de compléter cette analyse des précédents et des lois par une étude de l'attitude du tribunal, un intérêt ou désintérêt, un signe de patience ou d'impatience, qui permettra une prévision – certes incertaine mais néanmoins utile – de sa décision¹¹⁵⁶. Llewellyn se dit par ailleurs conscient du fait qu'une certaine stabilité et un degré élevé d'ordre sont indispensables dans une société complexe, même si les changements sont inévitables et que le droit doit pouvoir s'y adapter¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ K. LLEWELLYN, *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School*, O.U.P., New York, 2008, p. 15 et 116. Selon lui : « What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself [...]. And rules, in all of this, are important to you so far as they help you see or predict what judges will do or so far as they help you to get judges to do something. That is their importance. That is all their importance, except as pretty playthings » (*ibid.*, p. 5 et 7). Il écrit encore : « The only test of whether and how far a rule *authoritatively prevails as a rule of Ought* is : how far will courts follow it [...] » (*ibid.*, p. 82).

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 35, 63-65 et 165 (« There is no precedent the judge may not at his need either file down to razor thinness or expand into a bludgeon »). Ces prévisions mêmes peuvent être qualifiées de règles : « I have no hesitancy in calling these predictions rules ; they are, however, thus far only rules of the court's action ; they are statements of the practices of the court » (*ibid.*, p. 81-82). Il est probable que le juge ne s'écarte pas trop facilement d'un précédent, sachant que sa décision sera rétroactive, notamment lorsqu'il ignore le nombre d'attentes qui pourraient être déçues par un revirement de jurisprudence (*ibid.*, p. 77 et 82).

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 70 et 117-118. Dans un régime de prévisibilité presque totale, les hommes perdraient cette élasticité d'esprit nécessaire au cas où un imprévu surgirait malgré tout. Du reste, c'est précisément cette situation de « jeu libre » (*free play*) qui explique le besoin de droit, car elle permet l'émergence de conflits.

Dans un texte de Llewellyn publié en allemand¹¹⁵⁸, L. Fuller relève une distinction qu'opère le réaliste entre la sécurité juridique du juriste, axée sur la prévisibilité de l'action judiciaire, et celle du non-juriste, dont le comportement est guidé par des normes sociales et non légales et qui s'attend à ce que la décision du juge corresponde à celle qui aurait été adoptée par un homme ordinaire, normalement prudent et diligent¹¹⁵⁹.

264. — Jerome Frank fait incontestablement partie de la frange la plus radicale du mouvement des réalistes¹¹⁶⁰. La même année que le désastre financier de Wall Street et que la sortie du livre de Dewey sur la quête de la certitude, il publie son *Law and the Modern Mind*, qui est dédié à la question de la sécurité juridique. Il part de la croyance générale en la capacité du droit d'être certain, clair et prévisible alors qu'il traite des relations humaines, ce qui le rend inévitablement vague et variable. Selon Frank, si le désir de sécurité juridique est plus important que le degré de certitude qu'il est possible d'atteindre, cette attente ne peut provenir de besoins pratiques mais doit trouver son origine ailleurs que dans la réalité, c'est-à-dire dans l'inconscient des hommes¹¹⁶¹. Il propose de chercher dans l'enfance la source de cette illusion bornée. Invoquant explicitement les apports récents de la psychiatrie¹¹⁶², le réaliste américain explique que l'enfant est, à la naissance, forcé de quitter un monde de sécurité presque complète pour un nouvel environnement nettement moins sécurisant. Cependant, le fait qu'il soit subvenu immédiatement à la plupart de ses besoins crée chez lui un sentiment de toute puissance. Alors qu'il commence à faire l'expérience de l'incertain et de ses limites, il continue à croire que ses parents, particulièrement son père, sont infaillibles et capables de le protéger de l'incertitude de l'univers. Même après la prise de conscience de l'imperfection parentale, le besoin d'une autorité infaillible demeure et devient de plus

¹¹⁵⁸ *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, eine Spruch- Auswahl mit Besprechung* (1933).

¹¹⁵⁹ L.L. FULLER, « American Legal Realism », *op. cit.*, p. 432 (« Legal certainty for the layman is not predictability of judicial decision, it is congruence between legal rules and the ways of life »). Il exprime des doutes sur le fait que ces normes « laïques » soient aussi claires que le sous-entend Llewellyn (*ibid.*, p. 433).

¹¹⁶⁰ M.S. GREEN, « Legal Realism as Theory of Law », *op. cit.*, p. 1978.

¹¹⁶¹ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 3-13.

¹¹⁶² Bien que son analyse semble davantage relever des théories freudiennes (voy. *supra*, n° 223). Sur l'influence de la psychanalyse sur les réalistes et la société américaine des années 1920-1930 en général (W.E. RUMBLE, « American Legal Realism and the Reduction of Uncertainty », *J. Publ. L.*, 1964, p. 55).

en plus inconscient. S'il a été démontré avant lui que la religion peut incarner ce type d'autorité, Frank veut établir qu'il en va de même du droit. En d'autres termes, les adultes cherchent dans leur système juridique l'autorité, la certitude et la prévisibilité que l'enfant croyait avoir trouvées dans la loi imposée par son père, d'où le mythe de la sécurité juridique¹¹⁶³. Ce besoin infantile expliquerait les théories juridiques platoniciennes qui continuent à vouer un culte aux concepts abstraits, à la fixité et à la certitude alors que les sciences naturelles commencent à se débarrasser de cette pensée métaphysique, comme en témoignent les travaux d'Heisenberg en physique. Il permet également de comprendre le culte de la loi et la conception du juge comme simple organe d'application de la loi. En effet, le changement législatif n'est, en principe, pas rétroactif et ne met pas en danger la certitude et la prévisibilité absolues alors que celles-ci sont impossibles en cas de décision judiciaire. La négation du pouvoir créateur du juge est donc la conséquence directe du besoin de sécurité juridique. Or, comme l'a relevé Holmes, le premier « juriste complètement adulte » selon Frank, le droit n'est pas composé des règles et principes, qui constituent tout au plus des aides pour les juges, mais des décisions rendues par ces derniers. Le droit, pour toute situation donnée, est donc soit le droit existant, soit la prévision d'une décision future¹¹⁶⁴.

La prévision des décisions futures n'est, cependant, pas chose aisée. En effet, les précédents ne constituent, vu leur nombre et leur contenu,

¹¹⁶³ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 14-21 : « [...] it is obvious enough : to the child, the father is the Infallible Judge, the Maker of definite rules of conduct ». Il relève que la science souffre également de cette recherche de la figure paternelle, notamment lorsqu'elle supporte la charge d'être la garante de la certitude cosmique. Il reconnaît qu'il existe d'autres explications et souligne abondamment le caractère partiel de la sienne (*ibid.*, p. 22-23, 171, 251, 281-282, 391). Il cite, succinctement, quatorze autres causes dans l'appendice I de son ouvrage : une impulsion religieuse ou esthétique ; l'effet d'habitudes professionnelles ; une interprétation économique (les juges conservateurs, protègent les droits acquis) ; l'instinct humain d'auto-préservation ; l'intérêt pratique à la paix et à la tranquillité ; l'imitation ; la dévotion envers la coutume ; l'inertie ; la paresse ou fatigue physique ; la stupidité ; la structure mentale ; le langage et l'attrance pour la magie des mots ; la tendance de l'esprit à préférer la solution immédiate à un problème ou à assurer la sécurité des convictions.

¹¹⁶⁴ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 8, 35-38, 50-51, 63-70, 102-105 et 270. Il en résulte que tout le monde peut faire une règle de droit, en étudiant les précédents et en faisant des prédictions sur les futures décisions : ce qui fait sa validité, ou sa valeur, c'est son degré de fiabilité et non l'auteur de la prédiction (*Ibid.*, p. 297-298). Sur les faiblesses de cette conception qui assimile des prédictions

qu'une base fort imparfaite de prévision. Il souligne ainsi la faiblesse de la logique formelle dans le langage juridique, le « joker » du syllogisme résidant dans la sélection des prémisses, et compare le juge à l'auteur d'une histoire policière, qui part d'une idée de la fin, avant de construire le raisonnement pour y arriver¹¹⁶⁵. Or, les juges ne sont pas guidés uniquement par des stimuli juridiques. À côté des règles et principes, les partis pris politiques, économiques ou moraux mais surtout des facteurs uniquement individuels, résultant de l'histoire personnelle des juges, influent sur leurs décisions, ce qu'ils masquent ensuite par un raisonnement ad hoc et ex post facto. Le problème est que, à l'instar d'un enfant, les juges sont peu conscients de ces facteurs et il serait opportun qu'ils fassent une auto-analyse, voire rédigent des autobiographies détaillées afin d'informer les justiciables de leurs préjugés. Toute tentative de supprimer cet élément subjectif étant voué à l'échec, il préconise de le prendre en considération et de transformer, en partie, les facultés de droit en écoles de psychologie appliquée au droit¹¹⁶⁶. Pourtant, loin de se désoler de l'incertitude du droit, Frank s'en réjouit : « Much of the uncertainty of law is not an unfortunate accident, it is of immense value¹¹⁶⁷ ». Tenter de diminuer le pouvoir des juges tendrait à supprimer la créativité qui fait la vie du droit. Il faut au contraire encourager les juristes à adopter l'esprit des scientifiques, qui tend vers le risque plutôt que vers la sécurité, vers l'aventure plutôt que la certitude.

sur le droit au droit lui-même, voy., outre les critiques précitées de Kelsen (*supra*, n° 265), F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 379.

¹¹⁶⁵ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 72, 163 et 108-109. En outre, les juges utilisent parfois un langage ambigu pour masquer les changements importants de jurisprudence (*ibid.*, p. 24-34).

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 32, 113-114 et 123-126 (« For in the last push, a judge's decisions are the outcome of his entire life-history »); p. 148 et 156. Dans un *addendum* à la seconde impression de son ouvrage, Frank précisera cependant les limites de toute approche prédictive : « That further observation and description of what induces decisions will make future decisions markedly more predictable seems to the writer most improbable. He inclines, tentatively, to the belief that most more accurate description of the judicial process will serve to show that efforts to procure such predictability (via anthropology, economics, sociology, statistics or otherwise) are doomed to failure » (*ibid.*, p. 399). Comme pour lui donner raison, le juge J.C. Hutcheson publiait, la même année que le livre de Frank, un article dans lequel il affirmait qu'un juge ne décide qu'à partir d'une intuition, qu'il formalise par la suite (« The Judgment Intuitive: the Function of the 'Hunch' in Judicial Decision », *Cornell Law. Q.*, 1929, p. 274-288).

¹¹⁶⁷ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 7.

Ce n'est que lorsque nous serons conscients de – et cesserons d'être contrôlés par – l'impact de l'image du père dans le droit, que nous franchirons le premier pas d'une administration civilisée de la justice, à savoir la reconnaissance du fait que l'homme n'est pas fait pour le droit mais que le droit est fait par et pour des hommes¹¹⁶⁸. Malgré ce réquisitoire féroce contre la sécurité juridique¹¹⁶⁹, il est intéressant de constater que Frank accorde une certaine valeur à la prévisibilité dès lors qu'elle participe à sa définition du droit et qu'il va jusqu'à suggérer la rédaction par les juges de leur autobiographie à destination des justiciables et la transformation partielle des facultés de droit en écoles de psychologie juridique pour assurer cette prévisibilité¹¹⁷⁰.

265. — Contrairement aux idées reçues, le courant réaliste n'a donc pas pour vocation de supprimer la sécurité juridique mais, au contraire, de la renforcer ou, plutôt, de réduire l'insécurité juridique. Etant donné les lacunes législatives, le caractère indéterminé des précédents et le pouvoir créateur des juges, les réalistes estiment que cette réduction ne peut se faire par l'amélioration des lois et du droit en amont, mais par l'élaboration d'une méthode scientifique, basée sur la psychologie, l'économie, la sociologie, les statistiques, qui permettrait d'augmenter la prévision des décisions de justice¹¹⁷¹. D'une certaine façon, dans l'aventure réaliste, persiste la foi en une certaine logique cartésienne du droit qui postule que la solution juridictionnelle est, dans une certaine mesure, prédéterminée. Seulement, cette prédétermination n'intervient plus au stade de l'adoption de la loi mais se concrétise dès le début du procès. Selon Fuller, les réalistes ont en fait contribué à la cause de la sécurité juridique en ouvrant le débat à des considérations extra-juridiques. Celles-ci sont inévitables dans la prise de décision du juge

¹¹⁶⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 105, 149 et 269.

¹¹⁶⁹ J.R. MAXEINER souligne l'impact de J. Frank sur le discrédit de la notion de sécurité juridique aux États-Unis (« Legal certainty: a European Alternative to American legal indeterminacy? », *Tul. J. Int'L & Comp. L.*, 2006-2007, p. 544).

¹¹⁷⁰ Frank écrit qu'en abandonnant l'espoir infantile d'une sécurité juridique absolue, nous pouvons augmenter de façon significative la sécurité juridique réelle (*Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 171). Sur l'ambiguïté du rapport de Frank à l'incertitude, voy. W.E. RUMBLE, « American Legal Realism... », op. cit., p. 47-51.

¹¹⁷¹ Comme le relève W.E. RUMBLE: « What the legal realists rejected was not the goal of increasing legal certainty, but the particular means which have traditionally been relied upon to achieve it » (« American Legal Realism [...] », op. cit., p. 46 et 64-65). Dans le même sens, voy. H.J.M. BOUKEMA, *Judging. Towards a rational judicial process*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1980, p. 26.

et le fait qu'elles puissent être discutées, rationalisées et systématisées est de nature à apporter une plus grande certitude dans la prévision de la décision judiciaire¹¹⁷². Quoi qu'il en soit, l'entreprise réaliste n'aboutira pas comme espéré. Outre le fait que leurs constats étaient, à bien des égards, exagérés, ils n'ont pu produire de règles de comportement judiciaire permettant de prévoir de façon fiable des décisions de justice. Avant le milieu du XX^e siècle, le courant s'était essouffé. S'il avait sans aucun doute répandu un scepticisme durable, il n'aura pu venir complètement à bout des règles générales et des concepts juridiques¹¹⁷³. Il subira également les critiques puissantes des deux plus grands positivistes du XX^e siècle. Selon Kelsen, l'affirmation que les lois juridiques seraient des prédictions relatives à des événements futurs ne peut pas se rapporter aux normes, générales ou abstraites, qui sont prescriptives, mais peut uniquement viser les propositions de droit formulées par la science du droit¹¹⁷⁴. Alors que les lois naturelles doivent être adaptées aux faits, ce sont au contraire les actions et abstentions humaines qui doivent s'adapter aux normes juridiques, l'erreur réaliste consistant à confondre norme juridique et science du droit. Enfin, on ne peut considérer que la science du droit se contente de prédire les décisions des tribunaux dès lors qu'elle s'occupe aussi des normes générales, qu'il est aussi peu possible de prédire des décisions créatrices de droit que l'adoption de normes générales par le pouvoir législatif et que la science du droit « ne veut pas faire apparaître entre les éléments de son objet

¹¹⁷² L.L. FULLER, « American Legal Realism », *op. cit.*, p. 434-437.

¹¹⁷³ W.E. RUMBLE, « American Legal Realism... », *op. cit.*, p. 61 et 72. J. Frank semble avoir embrassé une sorte de néo-thomisme vers le milieu des années 1940 et K. Llewellyn se serait finalement rapproché d'une pensée jusnaturaliste (J. E. HERGET et S. WALLACE, « The German Free Law Movement... », *op. cit.*, p. 436; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 369). En 1940, H.M. Wade écrivait que la sécurité juridique avait régné en maître depuis la naissance de la science juridique et que c'était précisément lorsque la plus grande importance lui était accordée que surgissaient les attaques les plus fréquentes et les plus amères à son encontre. Il estime en outre que l'analyse de Frank n'explique pas en quoi ce désir de certitude serait critiquable (« The concept of legal certainty : a preliminary skirmish », *Mod. L. Rev.*, 1940-1941, p. 188-191).

¹¹⁷⁴ KELSEN distingue les normes juridiques, créées par les organes compétents et qui sont destinées à produire des effets, des propositions de droit, qui ne visent qu'à décrire ces normes juridiques et qui sont produites par la science juridique. Les premières sont le fait du législateur et des juges et peuvent être valables ou non valables, les secondes émanent de la doctrine et peuvent être vraies ou fausses (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 78-82).

une relation causale, mais une relation d'imputation¹¹⁷⁵ ». La critique de Hart est triple. Tout d'abord, il existe des règles secondaires qui rendent obligatoires les décisions des juges et qui échappent à la conception prédictive du droit des réalistes. Ensuite, il rejette l'argument selon lequel leur position se justifierait par le fait que les décisions des cours suprêmes sont irrévocables, en expliquant que cet argument confond irrévocabilité et infaillibilité. Enfin, selon le point de vue interne du droit, les règles fonctionnent dans nos vies comme des standards juridiques de comportement qui sont acceptés et ne peuvent être réduits à de simples habitudes ou prévisions des décisions d'un juge. La « prédiction » n'a une place importante en droit que parce qu'elle repose sur la conviction que les cours et tribunaux considèrent les règles de droit comme des standards à suivre dans leur décision, standards assez déterminés, malgré leur texture ouverte, que pour limiter l'arbitraire¹¹⁷⁶.

266. — Dans le courant des années 1930, le réalisme scandinave combattait le formalisme avec non moins de vigueur que son homonyme américain. Son fondateur, le Suédois Axel Hägerström, considérait qu'il fallait débarrasser la pensée juridique de ses concepts purement abstraits comme la justice ou le droit subjectif, qui relevaient davantage de la pensée magique et de la superstition, pour n'admettre que la réalité de propositions pouvant être vérifiées par l'expérience des sens. Cette conception sera reprise et développée par ses successeurs, notamment Alf Ross qui, dans la lignée de la pensée antimétaphysique, scientifique et utilitariste de Hume et de la sociologie positiviste de Comte, va promouvoir une méthode fondée sur les nouvelles sciences sociales, à l'opposé des théories du droit naturel et du positivisme juridique, jugées respectivement trop métaphysiques et trop peu scientifiques¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁵ *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 95-97 (« Prédire les décisions juridictionnelles futures peut être l'affaire des avocats qui conseillent leurs clients. Mais il ne faut pas confondre la science du droit avec la fonction de conseil juridique »).

¹¹⁷⁶ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerckhove, 2^e éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 150-156. Sur la distinction de Hart entre règles primaires et secondaires, voy. *infra*, n° 274. Les réponses de Hart aux sceptiques ont largement discrédité les thèses des réalistes (M.S. GREEN, « Legal Realism as Theory of Law », *op. cit.*, p. 1917 ; Ch. LEBEN, « Le principe de légalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, textes rassemblés par G. Haarscher, éd. Bruylant, 1994, p. 223-234).

¹¹⁷⁷ G. COLEMAN, « The Scandinavian Legal Realists : a Critical Analysis », *Fac. L. Rev.*, 1960, p. 152-162 ; M.S. GREEN, « Legal Realism as Theory of Law », *op. cit.*,

L'hypothèse de travail de Ross est que les normes juridiques, comme les règles des échecs, servent de procédés d'interprétation correspondant à certains faits sociaux, le droit en action, de sorte qu'il devient possible de comprendre ces actions comme formant un ensemble cohérent de significations. Un système normatif valide peut être défini comme l'ensemble de normes qui sont opératoires dans l'esprit du juge parce qu'il les perçoit comme étant contraignantes socialement et donc comme devant être obéies. Le test de validité consiste à pouvoir comprendre ses décisions comme des réponses sensées à des conditions données, et à pouvoir les prévoir dans certaines limites¹¹⁷⁸. L'effectivité des normes qui, selon lui, conditionne leur validité dépend donc uniquement de leur application par les tribunaux dès lors que le droit n'énonce des normes de comportement qu'à leur attention et ne visent pas le comportement des individus. Il en résulte que plus une règle est respectée dans le monde extra-judiciaire, plus il est difficile d'affirmer sa validité dès lors qu'elle ne sera que peu appliquée par les tribunaux, ou encore que son degré de validité varie selon le degré de probabilité avec lequel il peut être prévu qu'elle sera appliquée¹¹⁷⁹. Tenant à se démarquer d'un réalisme purement psychologique (le droit n'est pas un phénomène purement individuel) ou behavioriste (une interprétation comportementale du juge ne suffit pas), il propose d'adopter une synthèse en éclairant les changements de comportement du juge par une observation extérieure qui tente d'établir une cohérence et une prévisibilité (approche behavioriste), qui pourrait être expliquée par le fait que les décisions du juge sont gouvernées et motivées par une certaine idéologie normative (approche psychologique). La connaissance de cette idéologie permet donc de calculer à l'avance avec une « certitude considérable » la base juridique qui fondera les décisions futures, même si la capacité

p. 1998; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 380; A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 68; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 371-372. Sur les différences et les points communs entre les deux mouvements, voy. H. PIHLAJAMAKI, « Against Metaphysics in Law... », *op. cit.*, p. 470-472.

¹¹⁷⁸ A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 29 et 35. La validité d'une norme n'est donc pas une propriété objective de la règle mais dépend d'une disposition psychologique empiriquement observable (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 381). A. Dufour parle ainsi du « positivisme psychologique » de Ross (« Droit naturel/Droit positif », *op. cit.*, p. 71). Cette conception ne va pas sans rappeler l'approche subjectiviste de Jellinek. Voy. *supra*, n° 231.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 35-36 et 45.

de prévision ne sera jamais absolue vu le caractère fondamentalement indéterminé des événements sociaux futurs¹¹⁸⁰. A l'instar des réalistes américains, leurs homonymes scandinaves conservent la conviction d'une certaine prévisibilité des décisions de justice qu'ils imputent aux autres sciences sociales.

Section 2. — L'après « guerres » : un monde postmoderne

267. — La seconde guerre mondiale va transformer durablement la société occidentale, particulièrement en Europe. La fin du conflit se prolonge par la division du monde en deux blocs, ce qui produira, paradoxalement, une certaine stabilité mondiale et jouera également le rôle d'accélérant dans la construction d'un projet européen, déjà envisagé auparavant mais sans succès¹¹⁸¹. Elle aura enfin un impact important sur le système juridique des États les plus impliqués dans la guerre. L'avènement de l'État-providence, la multiplication des droits subjectifs et la prolifération des règles entraînent cependant une difficulté pour le système juridique à maintenir les attributs de systématicité, de généralité et de stabilité qu'on lui prêtait depuis le XIX^e siècle. Les auteurs évoquent la crise de l'État de droit, du droit moderne, voire l'émergence d'un droit postmoderne¹¹⁸², mais également l'image d'un droit produit en réseau plutôt que réduit à la pyramide kelsénienne des normes¹¹⁸³. Une telle situation est, on s'en doute, de nature à constituer

¹¹⁸⁰ A. ROSS, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 37, 43 et 70-74.

¹¹⁸¹ M.-Th. BITSCH, *Histoire de la construction européenne*, Ed. Complexe, 2001, p. 15-43.

¹¹⁸² D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 43-49 ; L. FERRAJOLI, « The Past and the Future of the Rule of Law », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, *op. cit.*, p. 336 et s. ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 15-17 et 103-107. Selon P. MOOR, cette crise résulte de la coexistence des trois logiques correspondant à chacune des périodes d'action de l'État : l'État policier, l'État prestataire et l'État gestionnaire : « L'une permet aux individus d'empêcher l'État de leur prendre ce qu'ils reçoivent de la société. L'autre les conduit à demander à l'État de leur donner ce que la société leur refuse. La troisième les autorise à attendre de l'État qu'il reconnaisse en eux ce en quoi ils se distinguent du reste de la société. Toutes ensemble, elles font aimer l'État comme un père protecteur et le font haïr comme un père tyrannique ; elles font aimer l'État comme une mère nourricière et le font haïr comme une mère possessive. » (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 138).

¹¹⁸³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*

un danger pour la sécurité juridique, dès lors que les normes, démultipliées et transitoires, deviennent de plus en plus difficiles d'accès et entrent toujours davantage en concurrence¹¹⁸⁴. Si tant la France que l'Allemagne reconnaissent son importance, elle ne connaît pas le même sort dans les deux pays (A). Pour la plupart des théoriciens du droit de l'après-guerre, la certitude du droit demeure une valeur importante mais ils rompent tous, dans des mesures diverses, avec la logique cartésienne de la sécurité juridique, voire renouent avec sa logique fiduciaire (B).

268. — Malgré cette relativisation théorique, la sécurité juridique sera de plus en plus plébiscitée par les acteurs économiques, aux prises avec un monde hautement industrialisé et radicalement capitaliste. Il était donc inévitable qu'elle joue un rôle important dans le droit communautaire naissant, d'ordre essentiellement économique¹¹⁸⁵. A l'instar de la solution retenue en Allemagne, l'ordre juridique européen l'accueillera dans la catégorie normative des principes généraux du droit, qui connaîtra un succès retentissant sur la scène européenne. On l'a vu, les juridictions de l'Union vont maintenir dans leur discours l'idéal de la logique cartésienne de la sécurité juridique en dépit des enseignements de la théorie du droit, et ce malgré une pratique nettement plus réaliste.

¹¹⁸⁴ Selon D. ZOLO, l'ignorance du droit devient une pratique délibérée des juridictions : « Not only is *ignorantia legis* widespread, since citizens are increasingly unable to know which laws are valid and what their normative impact is, but the deliberate ignorance of law is an inevitable judicial practice, even within the highest courts. To tacitly ignore the law, either totally or partially, seems to be a condition required not only to deliver a judgement, but also to carry out ordinary administrative activities. » (« The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 45). Selon N. LUHMANN, l'obligation de connaître tout le droit, non seulement est impossible mais serait en plus irrationnelle : « it is not even rational now for the individual both to gain legal knowledge to store for the future and to keep it up to date, however frequently he is confronted with certain legal cases in his occupation. » (*A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 195).

¹¹⁸⁵ J.-B. AUBY et D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *op. cit.*, p. 475 ; P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, 1964, p. 280 ; L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 34. Sur l'importance des considérations économiques pour la Cour, voy. E. SHARPSTON, « Legitimate Expectations and Economic Reality », *op. cit.*, p. 103.

Nous reviendrons dans la troisième partie sur l'Union européenne qui incarne toute la complexité de ce « nouveau » monde juridique¹¹⁸⁶.

A. La sécurité juridique et les principes généraux du droit

269. — Sur le plan du droit positif, la place de la sécurité juridique dépend de l'ordre juridique où elle prospère. En France, sa logique cartésienne est encensée en tant que valeur mais elle n'accèdera au statut de principe général du droit que lors de sa consécration par le Conseil d'État en 2006 (1). En Allemagne, par contre, la valeur est relativisée mais sa position dans l'ordre normatif se voit renforcée, grâce à son inscription dans la catégorie des principes généraux du droit, qui ouvre à sa logique subjective le champ de la justiciabilité (2).

1. Sur les terres de Descartes

270. — Comme souvent après une période de guerre, la valeur de sécurité prend une place tout à fait centrale dans le monde du droit français. Un ouvrage d'un auteur peu connu, publié en 1944 et entièrement consacré à la sécurité juridique, est symptomatique de cette tendance. Hubert Sesmat part de l'insécurité, ce « mal congénital aux relations humaines », « irradiant fléau », qui « a sa source dans la contingence », semble nul dans les « bas-fonds du déterminisme humain » mais infiltre les structures sociales. En effet, « nul homme, nulle institution humaine, du fait de la contingence, n'est jamais assuré, dans ses relations sociales, ni de l'assentiment, ni du comportement, ni de la concordance des individus et institutions qui l'entourent ». Il en résulte un besoin inévitable de sécurité, qui « englobe littéralement les trois pouvoirs [...] au service de la seule et unique fonction de sécurité » : on « légifère pour parer à la contingence et à l'insécurité des esprits ; on contraint pour pallier à la contingence et à l'insécurité des volontés ; on juge pour remédier à la contingence et à l'insécurité des sensibilités¹¹⁸⁷ ».

¹¹⁸⁶ Voy. *infra*, troisième partie, chapitre I, section 2.

¹¹⁸⁷ H. SESMAT, *La sécurité moderne. Cycle général de la sécurité juridique*, Ed. St-Paul, Paris, 1944, p. 11-20. Il est nécessaire qu'aucun justiciable ne puisse « sensoriellement ignorer le moindre fragment des lois de son statut », ce qui exige, outre le simple accès matériel, qu'il soit en mesure de « le comprendre, en pénétrer

Les grands juristes français de l'après-guerre manifestent une certaine nostalgie pour la sécurité juridique associée au siècle précédent¹¹⁸⁸. Ripert évoque ainsi ce « grand siècle juridique, le plus grand peut-être que la France ait connu, et certainement l'Europe », dans lequel les lois civiles « donnaient la sécurité en permettant par leur permanence de prévoir l'avenir ». Selon le grand juriste, « il ne faut pas s'imaginer que le droit puisse être autre chose qu'ordre et continuité, ni que le monde puisse vivre dans le bonheur lorsque manque la sécurité que donne le droit¹¹⁸⁹ ». Encore plus catégorique, P. Roubier estime que, des trois valeurs essentielles du droit, la première est « la sécurité juridique, laquelle commande toute une série de conséquences avantageuses à la société (autorité, paix, ordre) », puis la justice et le progrès social. Selon lui, la sécurité juridique a « constitué la base fondamentale, celle sur laquelle tout l'édifice est construit » et il n'est « discuté par personne que l'ordre soit le but premier du droit, celui sur lequel tout le reste s'appuie, celui à défaut duquel toutes les autres valeurs disparaissent ». La sécurité juridique doit « garantir la sécurité des résultats, de telle manière que chacun puisse prévoir ces résultats et compter sur eux » d'où l'importance accordée aux sources formelles comme la loi, dont les qualités de précision et de certitude « permettent de savoir sans ambiguïté quelle est la règle applicable ». Et de conclure sa *Théorie générale* par ces mots : « Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre¹¹⁹⁰ ». Les termes utilisés

sa mentalité, parfois l'étudier en détail et à loisir » (*ibid.*, p. 90-92). Et de conclure que, si « les lois étaient parfaitement conditionnées, si les assujettis avaient reçu et conservé une parfaite information civique sur les bancs de l'école, l'interprétation des lois serait inutile et inconnue » (*ibid.*, p. 94).

¹¹⁸⁸ F. RIGAUX évoque le « véritable culte » que lui voue la doctrine classique (*Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 373).

¹¹⁸⁹ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., Paris, 1949, p. 3 et 154. J. BOULANGER écrit que « (l)'ordre juridique fondé par le Code civil devait être stable et procurer une indispensable sécurité » (« Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 59) et J. CARBONNIER, quelques années plus tard, relève qu'au XIX^e siècle « le droit pouvait s'enseigner comme un enchaînement de certitudes » (*Flexible droit*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 167).

¹¹⁹⁰ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1951, p. 318-319 et 332-334. Selon lui, chaque école de pensée juridique a privilégié une de ces valeurs : la sécurité juridique pour les écoles formalistes, la justice pour les écoles idéalistes et le

(« prévoir », « précision », « certitude », « sans ambiguïté ») ne laissent pas de doute sur le fait que ces auteurs aspirent encore à la logique cartésienne de la sécurité juridique.

271. — Sur le plan institutionnel et juridique, la volonté de permettre un contrôle du pouvoir législatif et d'encadrer l'importance croissante du pouvoir exécutif se traduit par la mise en place, en 1958, du Conseil constitutionnel et par la consécration, par le Conseil d'État, de la catégorie normative des principes généraux du droit pour combler des situations non couvertes par les règles existantes¹¹⁹¹. Dans un arrêt *Aramu* du 26 octobre 1945, la haute juridiction administrative, qui aurait inspiré la Cour de justice dans son approche des principes généraux¹¹⁹², a décidé qu'il résultait « des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut [...] être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense¹¹⁹³ ». Curieusement, ce n'est que récemment que la sécurité juridique a été intégrée parmi ces normes non écrites en droit français. L'explication pourrait résider dans le fait que les principes généraux présentent incontestablement un air de jusnaturalisme, qui est peu

progrès social pour les réalistes (*ibid.*, p. 319, 324 et 326). Th. PIAZZON relève que Roubier est souvent présenté comme le plus grand promoteur français de l'idée de sécurité juridique (*La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 106 et les références citées).

¹¹⁹¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 211 ; R. GROTE, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 292. Dès 1920, l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice mentionnait « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » comme des normes que cette juridiction devait appliquer. Sur l'histoire de la notion de principe, voy. E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, G. Haarscher, L. Ingber et R. Vander Elst (dir.), Ed. Nemesis, Bruxelles, 1988, p. 274-290 ; J.-M. TURLAN, « Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot », in *La responsabilité à travers les âges*, Économica, 1989, p. 116-123 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 16-32.

¹¹⁹² M. HERDEGEN, « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », in *General Principles of European Community Law*, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁹³ C.E., Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, *Rec.*, p. 213. Cet arrêt est généralement présenté comme consacrant la théorie des principes généraux par le Conseil d'État (Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 11), même si certains auteurs identifient des arrêts faisant application de tels principes antérieurement (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 310 ; T. KOOPMANS, « General Principles of Law... », *op. cit.*, p. 26).

compatible avec le monopole que revendique le positivisme juridique sur la sécurité juridique¹¹⁹⁴.

2. Sur les terres du *Rechtsstaat*

272. — Dans l'Allemagne d'après guerre, la valeur du progrès social, qui se développe depuis la fin du XIX^e siècle, et celle de justice, qui avait quelque peu disparu dans un contexte positiviste dominant, viennent contester l'hégémonie de la sécurité juridique. Outre le constat que le progrès moral et social ne va pas nécessairement de pair avec le progrès technique et scientifique, la barbarie nazie a mis en évidence les limites d'une conception uniquement formelle du *Rechtsstaat*¹¹⁹⁵. Ce retour à une conception substantielle de l'État de droit s'accompagne en Allemagne et en Italie de la mise en place, sur le plan procédural, d'une juridiction constitutionnelle permettant de vérifier que le pouvoir législatif respecte les droits et libertés des citoyens et de contrôler le pouvoir exécutif et l'administration, à l'aide des principes de proportionnalité et d'égalité¹¹⁹⁶. L'Allemagne assiste à une résurgence d'une pensée d'inspiration jusnaturaliste, causée par une méfiance compréhensible envers le pouvoir exécutif et le besoin corrélatif de principes constitutionnels limitant le pouvoir discrétionnaire de l'administration¹¹⁹⁷. A partir des articles 20 et 28 de la loi fondamentale et du principe de l'État de droit, la Cour constitutionnelle allemande attribue, dès 1953, un rang de principe constitutionnel à la sécurité juridique, permettant à celle-ci de quitter son statut ornemental pour assurer la protection des

¹¹⁹⁴ Selon Chaïm Perelman, les principes généraux du droit « remplissent actuellement le rôle longtemps dévolu au droit naturel » (« Ordre juridique et consensus », *J.T.*, 1982, p. 133). X. DIEUX évoque le « jusnaturalisme foncier des principes généraux du droit », qui entraînent, en l'absence de dispositions légales particulières, une « espèce d'effet direct de l'axiologie dans l'ordre juridique positif » (*Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 68 et 88).

¹¹⁹⁵ Sur la question, voy. *supra*, n° 250.

¹¹⁹⁶ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 353 et les réf. citées; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1209-1224. L. Ferrajoli relève que la sujétion de la législation à la constitution introduit un élément d'insécurité permanente concernant sa validité, mais en même temps réduit l'incertitude en limitant les interprétations « légitimes » possibles (« The Past and the Future of the Rule of Law... », *op. cit.*, p. 329).

¹¹⁹⁷ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 24.

droits fondamentaux¹¹⁹⁸. Après avoir fait des apparitions timides pendant l'entre-deux guerres, le principe de confiance légitime se voit consacré de façon quasi simultanée après la seconde guerre en Allemagne de l'Ouest et en Suisse, dans un contexte d'interventionnisme étatique important à l'origine d'une dépendance croissante de l'individu à l'égard des prestations publiques¹¹⁹⁹.

B. La théorie du droit dans un monde postmoderne

273. — Les grands théoriciens du droit sont confrontés à un droit en mutation, dans lequel le positivisme doit être adapté (1) et le droit naturel repensé¹²⁰⁰ (2). Les nouveaux courants de la pensée juridique sont résolument tournés vers d'autres disciplines, comme l'économie, la politique ou la sociologie, au point de remettre en question l'autonomie du droit (3). Il en résulte une remise en cause quasi-généralisée de la logique *cartésienne* de la sécurité juridique et, dans certains cas, un retour implicite de sa logique *fiduciaire*.

1. Le positivisme en question : Hart vs. Dworkin

274. — En 1961, le professeur d'Oxford Herbert Hart publie *The Concept of Law*, voué à devenir un des classiques de la théorie du

¹¹⁹⁸ M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 183 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 162-163 ; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 149 (et les réf. citées) ; R. GROTE, « Rule of Law... », *op. cit.* p. 285.

¹¹⁹⁹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 10 et 19. Sur les antécédents du principe en droit international, voy. J.-Cl. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 201-202. On assiste ainsi à un retour discret de la logique fiduciaire de la sécurité juridique.

¹²⁰⁰ Après guerre, le droit naturel va retrouver une place, certes transformée, chez des auteurs comme G. Radbruch, M. Villey ou, plus tard, J. Finnis (sur la question, voy. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 418-428 ; J.-P. CLÉRO, « Une hypothèse sur l'éclipse de la notion de contrat social », *op. cit.*, p. 93 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 34). Selon Finnis, « Legal positivism is an incoherent intellectual enterprise [...] ». The centrepiece of natural law theory of law is its explanation of how the making of «purely positive » law can create moral obligations which did NOT exist until the moment of enactment » (« On the Incoherence of Legal Positivism », in *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishing, 2003, p. 134 et 140).

droit anglo-saxonne¹²⁰¹. Il entend dépasser la définition austinienne du droit comme commandement et propose la célèbre distinction entre les règles primaires, qui imposent directement des obligations à leurs destinataires, et les règles secondaires, qui permettent de modifier ou de mettre en œuvre les règles primaires, mais également de les identifier. Cette troisième catégorie de règles secondaires, il les nomme « règles de reconnaissance », en ce qu'elles rendent possible l'identification des règles primaires valides d'un système en se référant à certain caractère qu'elles possèdent, à l'autorité qui les a adoptées, au fait qu'elles ont fait l'objet d'une pratique coutumière ou qu'elles entretiennent une certaine relation avec des décisions juridictionnelles. Selon Hart, l'absence de ces règles secondaires dans les structures sociales élémentaires explique leur incertitude, l'inefficacité de la pression sociale et le caractère statique de leurs règles. La règle de reconnaissance constitue « la forme la plus élémentaire de remède à l'incertitude qui affecte le régime des règles primaires¹²⁰² ». Pour le positiviste anglais, toute règle contient en effet un noyau de certitude et une pénombre de doute quant à son application (*a core of certainty and a penumbra of doubt*), en raison de l'irréductible texture ouverte du langage¹²⁰³ et de l'indétermination des fins visées par la règle, due à notre ignorance des faits futurs. Tous les systèmes font un compromis entre deux besoins sociaux : le besoin de règles certaines et celui de laisser ouvertes des questions pour

¹²⁰¹ H. HART, *The Concept of Law*, op. cit., 2^e éd., Clarendon Press, Oxford, 1994 ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit.. Par souci de simplicité, et sauf exception, nous nous référerons à la version française par la suite.

¹²⁰² *Ibidem*, p. 110-122, 166-172 et 269. ; Ph. GÉRARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, p. 79. F. OST relève que la distinction entre règles primaires et secondaires avait déjà été anticipée par Bentham (« Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », op. cit., p. 174).

¹²⁰³ Il donne le fameux exemple du panneau qui interdit les véhicules dans un parc et souligne le caractère indéterminé du terme « véhicule » (*Le concept de droit*, op. cit., p. 141-146). B. BIX considère que la notion d'« open texture » de Hart trouve ses racines dans les travaux de Fr. Waismann, qui renvoient à ceux de Wittgenstein (*Law, Language and Legal Indeterminacy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 10-17). On se rappellera par ailleurs les termes de Russell relatifs à la zone de pénombre autour du sens des mots (voy. *supra* note 1081). L'exemple des véhicules dans le parc suscitera une littérature abondante, voy. L.L. FULLER, *The Morality of Law*, op. cit., p. 81-91 ; L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harv. L. Rev.*, 1958, p. 664 ; F. SCHAUER, « A critical guide to vehicles in the park », *New York Univ. L.R.*, 2008, p. 1109-1111 et les références citées, et p. 1126 sur le lien entre Hart et Russell).

une résolution ultérieure par un choix informé et officiel dans un cas concret. Il est donc inévitable, « que ce soit à la frange des règles ou dans les domaines laissés ouverts par la théorie des précédents », que les tribunaux « remplissent une fonction de création des règles¹²⁰⁴ ». Or, les théories formalistes ou conceptualistes, qui choisissent d'ignorer cette fonction créatrice afin de privilégier la certitude ou la prévisibilité, s'exposent au risque de préjuger de façon aveugle tout cas imprévu, en le subsumant sous des règles dont le sens a été gelé¹²⁰⁵. Du point de vue de la sécurité juridique, Hart expose donc une théorie modérée qui souligne à la fois l'impossibilité d'une prévisibilité juridique absolue et la certitude relative que garantit néanmoins l'institution du droit et des règles secondaires. De façon intéressante, il dissocie la certitude du droit de son immuabilité et considère au contraire que les règles permettant d'encadrer son changement sont de nature à améliorer cette certitude.

275. — Le philosophe américain Ronald Dworkin va diriger son attaque contre le positivisme, particulièrement celui de Hart, en affirmant que sa règle de reconnaissance ne permet de rendre compte que des règles et non des principes¹²⁰⁶. Selon lui, alors que les premières suivent une

¹²⁰⁴ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 147-149 et 154. Il rétorque à la critique de Dworkin, selon laquelle cette création judiciaire du droit serait rétroactive et donc injuste, que ce ne serait le cas que dans la mesure où la décision ne répondrait « pas aux attentes légitimes de ceux qui, en agissant, se sont fondés sur la supposition que les conséquences juridiques de leurs actes seraient déterminées par l'état du droit en vigueur qu'ils connaissaient au moment où ils ont agi ». Or, il en va différemment des cas difficiles (*hard cases*) dans lesquels les juges exercent un pouvoir discrétionnaire dès lors que ce « sont des cas que le droit a laissés incomplètement réglés et dans lesquels il n'existe pas d'état connu d'un droit clairement établi qui justifierait de telles attentes » (*ibid.*, p. 293-294).

¹²⁰⁵ On l'a vu, le point de vue des réalistes lui paraît tout autant critiquable (voy. *supra*, n° 265). Hart relève à cet égard l'« histoire curieuse » de la théorie du droit qui est « aussi bien capable d'ignorer que d'exagérer l'imprécision des règles de droit », décrivant le formalisme et le scepticisme comme les « Scylla et Charybde de la théorie juridique » (*ibid.*, p. 149 et 166).

¹²⁰⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, p. 22. Dans la postface de la seconde édition de son livre, Hart reconnaît à Dworkin le « grand mérite » d'avoir montré l'importance des principes juridiques et leur rôle dans le raisonnement juridique et confesse la « grave erreur » de n'avoir pas souligné leur « force non décisive » (*Le concept de droit*, op. cit., p. 280). L'attention sur les principes avait été attirée, bien avant Dworkin, par J. Esser dans son ouvrage *Grundsatz und Norm* publié en 1956, qui tente de démontrer que la distinction entre droit civil et *common law* est largement imaginaire dès lors que le juge de droit civil crée aussi du droit sous la couverture d'appliquer la loi écrite, en recourant à des principes

logique du tout ou rien (« all-or-nothing fashion ») et déterminent les conséquences juridiques découlant de leurs conditions d'application, les principes indiquent une direction à suivre mais n'imposent pas une décision particulière. En outre, ils ont une dimension de poids et d'importance que les règles n'ont pas et, si le conflit de règles entraîne l'invalidité de la règle qui est primée par une autre, l'affrontement de deux principes laisse le vaincu intact. Dès lors, il lui semble impossible d'établir une règle qui permettrait de déterminer, en termes quantitatifs ou qualitatifs, le type de support institutionnel requis pour établir un principe et, a fortiori, son poids ou son importance, d'autant que certains principes préexistent à leur consécration par un juge et qu'ils répondent à des exigences méta-juridiques. Enfin, il juge incongru de vouloir utiliser une règle de reconnaissance comprise comme un test de validité des règles alors que le concept même de validité, dans sa dimension binaire, lui paraît peu pertinent pour apprécier la dimension de poids des principes¹²⁰⁷. Il ne renonce pas à la sécurité juridique pour autant et reconnaît l'importance de la certitude en droit¹²⁰⁸. Comme le relève Endicott, Dworkin plus que quiconque considère le droit comme

généraux du droit, qui sont le plus souvent à l'origine des préceptes moraux (sur Esser, voy. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 408-409). Encore avant lui, J. Boulanger avait publié un article pionnier sur les principes généraux du droit (« Principes généraux du droit et droit positif », op. cit., p. 51-74) qui dénonçait l'erreur des exégètes selon laquelle il n'y a de principes que ceux qui peuvent être rattachés à un texte (*ibid.*, p. 63).

¹²⁰⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 21-61. Voy. cependant p. 60-68, où Dworkin semble nuancer sa position. Dans *L'Empire du droit*, il souligne la distinction fondamentale entre concurrence et contradiction des principes. Le fait qu'ils puissent entrer en concurrence, ne veut pas dire qu'ils sont contradictoires, mais qu'il faut trouver un ordre de priorité entre les deux ou un moyen de les accommoder grâce notamment à une balance d'intérêts (*Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 268-269).

¹²⁰⁸ Il reconnaît que, parfois, la certitude du droit est plus importante que son contenu mais qu'il convient de distinguer selon les domaines du droit, l'importance de la certitude comme argument interprétatif devant être proportionnelle à l'importance de la certitude dans le domaine concerné (*Law's Empire*, op. cit., p. 367). P. AMSELEK estime que sa théorie s'apparente « beaucoup, dans son principe même, à la vieille théorie de la « plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite » qui a prévalu autrefois dans l'École française de l'exégèse » alors que le droit « n'est ni une œuvre littéraire [...] ni une œuvre de purs logiciens construisant une espèce d'axiomatique » (« Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in *Le doute et le droit*, F. Terré, (dir.), Dalloz, Paris, 1994, p. 67-71). Pour d'autres problèmes posés par la théorie dworkinienne, voy. F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 427 et s.

étant déterminé¹²⁰⁹, dans la mesure où il estime qu'il existe toujours une – et une seule – bonne réponse à une question juridique.

En effet, dans le modèle du droit comme intégrité qu'il propose, la résolution des cas, notamment des cas difficiles (*hard cases*), exige d'Hercule, juge imaginaire à la force intellectuelle et à la patience surhumaines, qu'il recherche la meilleure interprétation constructive de la structure politique et de la doctrine juridique de la communauté, en postulant que le droit est construit comme un ensemble cohérent de principes de justice et d'équité. Si seul Hercule est capable de cette tâche, un juge normal peut néanmoins essayer de l'imiter. Dworkin compare l'interprétation dans le chef du juge à l'écriture d'un roman à la chaîne, chaque juge recevant les chapitres précédents et étant responsable de l'écriture de la suite. Dans un premier temps, l'interprétation retenue doit au moins passer un seuil minimal de compatibilité avec l'ensemble du droit existant, c'est-à-dire les exigences indispensables pour pouvoir être éligible (*fit*). Si ce premier test laisse subsister plus d'une interprétation possible, le juge doit alors choisir l'interprétation qui montre la structure institutionnelle et décisionnelle de la communauté sous son meilleur jour possible du point de vue de la moralité politique (*justification*). Les convictions morales et politiques du juge sont alors inévitablement engagées mais en tant qu'elles constituent un engagement envers le droit comme intégrité. Au final, Hercule, et donc tout juge, doit arriver à une conclusion qui est la seule réponse correcte (*right answer*) au cas soumis¹²¹⁰. Du point de vue de la prévisibilité juridique, cependant, les ressources qu'il demande au juge de mobiliser sont telles qu'il apparaît difficile, voire impossible, pour le sujet de droit de prévoir à l'avance cette *right answer*, particulièrement lorsque des principes sont en jeu. En d'autres termes, si la solution de tout problème juridique peut être dérivée du système, cela ne signifie pas

¹²⁰⁹ A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, O.U.P., Oxford, 2000, p. 12.

¹²¹⁰ R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 228-263. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE traduisent le terme « *fit* » par celui de « rapport de convenance ou de justesse » (*De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 425). RICŒUR reconnaît dans le « *fit* » de Dworkin « le fameux principe herméneutique de l'interprétation mutuelle de la partie et du tout » mais regrette qu'il ait manqué l'opportunité de présenter une théorie de l'argumentation (*Le Juste*, *op. cit.*, p. 167-169). Selon B. Frydman, l'analogie littéraire de Dworkin (roman à la chaîne), si elle a le « mérite de souligner le caractère créatif de l'interprétation judiciaire, [...] en occulte en revanche la dimension pratique de prise de décision, essentielle dans l'action de la justice » (*Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 650).

qu'elle est déterminable *a priori*, comme l'exigerait la logique cartésienne de la sécurité juridique.

2. Le droit naturel procédural : Fuller

276. — L'ouvrage *The Morality of Law* de Lon Fuller envisage un royaume fictif dans lequel le roi Rex va expérimenter huit façons différentes d'échouer dans sa tentative d'établir, à partir de rien, un système juridique. Il comprendra alors la nécessité d'adopter des règles générales, publiées, non rétroactives, compréhensibles, non contradictoires, stables, qui n'exigent pas l'impossible, et de veiller à ce que l'action des autorités corresponde à ces règles. Si ces exigences constituent le minimum de la « moralité interne du droit », il ne s'agit pas de les rencontrer de façon absolue mais de les concevoir comme des idéaux à atteindre. Il est même possible que la violation d'un des critères soit justifiée par l'accomplissement des autres. En outre, leur importance respective, ainsi que leur hiérarchisation, dépend de la branche du droit en question ou de la règle concernée¹²¹¹. Bien que Fuller n'utilise pas lui-même l'expression de « *legal certainty* » mais qualifie ses exigences de « principes de légalité¹²¹² », plusieurs auteurs les ont assimilées à celles de la sécurité juridique, à tout le moins telles qu'elles existent en droit de l'Union européenne mais aussi dans les droits belge et allemand¹²¹³.

¹²¹¹ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 39-93. Un échec total dans une de ces huit directions ne fait pas simplement un mauvais système juridique mais le prive de toute juridicité (p. 39). Fuller qualifie lui-même ses principes de « droit naturel procédural », dans le sens des règles que le charpentier doit respecter s'il veut que la maison serve l'objectif qui lui est assigné (p. 94-96). Il considère toutefois qu'il existe un principe indiscutable de droit naturel substantiel, à savoir la communication et propose l'injonction suivante : « Open up, maintain, and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel, and desire » (*ibid.*, p. 186). Si la moralité interne du droit se veut neutre à l'égard d'un certain nombre de questions substantielles, elle postule néanmoins une certaine vision de l'homme, celle d'un agent responsable, capable de comprendre et d'obéir à des règles, et de répondre de ses actes. Le juger en vertu de règles non publiées reviendrait à faire preuve d'indifférence envers ses pouvoirs d'auto-détermination. Inversement, si l'homme n'est pas responsable, la moralité du droit perd sa raison d'être (*ibid.*, p. 162).

¹²¹² *Ibidem*, p. 99.

¹²¹³ P. POPELIER, « Legal certainty and principles of proper law making », *op. cit.*, p. 325 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 196-210 ; J. HABERMAS,

Certes, ces exigences relèvent de la logique cartésienne de la sécurité juridique mais Fuller dépasse l'illusion scientifique en ce qu'il a conscience de leur caractère relatif et du fait qu'elles doivent être considérées comme des idéaux vers lesquels il faut tendre, plutôt que comme des objectifs qu'il est possible d'atteindre, *a fortiori* tous ensemble. Il est même possible que certaines de ces exigences entrent en conflit. Tel est le cas de l'exigence de stabilité des lois et de celle qui s'oppose à ce que les lois demandent l'impossible lorsque les circonstances factuelles ont à ce point changé qu'elles créent des barrières quasi insurmontables à l'obéissance. De même, rendre les lois parfaitement claires et compréhensibles par tous les citoyens se fait au prix de lois qui n'ont pas les qualités nécessaires à une application cohérente et prévisible par les juridictions. Il en conclut que la moralité interne du droit est destinée à rester largement une moralité d'aspiration qui fait appel au sens de la confiance (« *sense of trusteeship* ») du législateur¹²¹⁴. Par ailleurs, il reproche à des auteurs comme Austin, Hart, Gray ou Kelsen de concevoir le droit comme une projection d'autorité à sens unique au lieu de le concevoir comme une entreprise de collaboration, dans laquelle la coopération volontaire des citoyens est compensée par un effort correspondant de la part du Gouvernement : « L'existence d'une réciprocité relativement stable d'attentes entre le législateur et le sujet fait partie de l'idée même d'un ordre juridique qui fonctionne¹²¹⁵ ». Plutôt que de faire du droit un pourvoyeur de certitude, il le présente comme une interaction entre autorités et citoyens, fondée sur des attentes réciproques. En d'autres termes, dans cette optique, le fondement du droit n'est plus la certitude, mais la confiance. Nous aurons l'occasion de revenir

Droit et démocratie, op. cit., p. 242 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention*, op. cit., p. 657-660. Fuller n'ignorait pourtant pas la notion de sécurité juridique, qu'il utilisait déjà dans un article de 1934. A la suite de Llewellyn, il la limite cependant à la prévisibilité de la décision judiciaire, considérant que la disponibilité du matériau juridique sur laquelle cette prévision est basée est une affaire de « système » juridique (L.L. FULLER, « American Legal Realism », op. cit., p. 431-432).

¹²¹⁴ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, op. cit., p. 41-45.

¹²¹⁵ *Ibidem*, p. 209 (trad. libre : « The existence of a relatively stable reciprocity of expectations between lawgiver and subject is part of the very idea of a functioning legal order »), p. 214-216 et 227. Il s'inspire des travaux du sociologue G. Simmel, qui considérait, dès la fin du XIX^e siècle, que toute forme de domination est une forme « sociale », dans le sens où il existe une « réciprocité de l'action » malgré « l'apparence de relations unilatérales » (*Sociologie*, op. cit., p. 162-168).

sur cette perspective riche de potentialités qui amorce un retour de la logique fiduciaire de la sécurité juridique¹²¹⁶.

3. Les nouveaux courants

277. — La rupture la plus importante avec la logique cartésienne de la sécurité juridique viendra cependant de la pensée libérale (a) et de nouveaux courants de pensée (b et c), qui partagent la suspicion à l'égard de la prétention des lois à assurer la sécurité juridique en prédéterminant le résultat des procédures juridictionnelles.

a) *Les penseurs libéraux*

278. — Le penseur autrichien Friedrich von Hayek propose de substituer au « rationalisme constructiviste », qui a influencé l'histoire de la pensée depuis trois siècles et consiste à imputer tout phénomène social ou institutionnel à une volonté rationnelle, un « rationalisme évolutionniste », qui accepte le fait que la pensée obéit à des règles dont elle n'a pas conscience et qui n'ont pas été adoptées par elle. Il définit la notion d'ordre comme un état dans lequel une multiplicité d'éléments sont reliés les uns aux autres de telle façon que la connaissance d'une partie du tout permet de former des attentes concernant le reste, qui sont correctes ou qui ont une bonne chance de s'avérer telles. Comme membres d'une société, nous dépendons de la correspondance entre les actions des autres et nos attentes relatives à leur comportement, qui vont orienter nos actions. La pensée constructiviste, en raison d'une habitude de pensée anthropomorphiste, tend à identifier l'ordre social à une entité extérieure déterminant ce que chacun doit faire (*Taxis*). Hayek estime que nos sociétés complexes obéissent plutôt à une logique d'ordre spontané, auto-organisé et auto-généré (*Cosmos*), dont la formation dépend de l'interaction, relativement imprévisible, de ses éléments et de leur environnement, selon des règles qui leur sont ou non connues. L'intervention législative doit être minimale, afin de ne pas perturber l'équilibre spontané entre les éléments du système et de

¹²¹⁶ Voy. *infra*, n^{os} 417-418. La logique fiduciaire de la sécurité juridique n'est pas exprimée comme telle par Fuller, qui ne propose du reste que très peu de développements sur la notion de confiance. Elle sous-tend cependant l'essentiel de sa conception du droit.

ne pas priver ses membres de la possibilité d'utiliser leur connaissance pour atteindre leurs objectifs¹²¹⁷.

Selon le philosophe économiste, il n'y a probablement aucun facteur qui a autant contribué à la prospérité de l'Occident que la relative certitude du droit, qui permet à l'individu de déterminer quels sont les faits sur lesquels il peut compter et étend l'éventail d'actions dont il peut prédire les conséquences¹²¹⁸. Pour autant, la croyance en la capacité humaine de prévoir toute situation factuelle à partir de principes préablement connus est clairement une illusion de la logique constructiviste et les décisions juridictionnelles sont davantage prévisibles lorsqu'elles cherchent à être justes que lorsqu'elles s'en tiennent à la lettre des codes. En outre, dans une société en mutation, le droit ne peut protéger que certaines attentes. Le penseur libéral estime même que le seul moyen d'assurer un certain degré de stabilité et de prévisibilité globale est de laisser la possibilité à chacun d'apprendre d'une façon imprévisible pour les autres. La certitude que les règles garantissent provient du fait qu'elles déterminent non pas un certain état de choses, mais bien un ordre abstrait permettant à ses membres de dériver des attentes susceptibles de s'avérer correctes. Le juge n'a de raison d'intervenir que si ces règles ne sont pas observées. Il doit alors veiller au maintien de cet ordre abstrait et à la régularité du processus de formation des attentes dignes d'être protégées de l'interférence des autres, le cas échéant par priorité sur ce qui pouvait paraître juste *prima facie*¹²¹⁹.

279. — Cette conception du droit comme émergence spontanée est partagée par l'italien Bruno Leoni, qui considère par ailleurs la certitude du droit comme une condition de la liberté individuelle¹²²⁰. Selon

¹²¹⁷ F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, p. 10-25, 30 et 36-55.

¹²¹⁸ F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1960, p. 225 et 315.

¹²¹⁹ *Ibidem*, p. 103-106 et 115-119. Il montre l'interaction continue entre règles et attentes : alors que de nouvelles règles peuvent être adoptées pour protéger des attentes existantes, elles risquent d'en créer de nouvelles, auquel cas il appartiendra au juge de déterminer quelle attente est légitime, ce qui créera une nouvelle attente et ainsi de suite » (*ibid.*, p. 102). Selon un principe économique de « *negative feedback* », l'évolution provient des erreurs commises par ses membres et de la déception de leurs attentes et toute intervention institutionnelle ne fait qu'augmenter l'imprévisibilité des événements (*The Constitution of Liberty*, *op. cit.*, p. 82).

¹²²⁰ B. LEONI, *Freedom and the Law*, *op. cit.*, p. 95. Pour Hayek, c'est l'ignorance qui permet la liberté individuelle (*The Constitution of Liberty*, *op. cit.*, p. 81). Sur la

lui, une grande partie des malentendus entre les auteurs continentaux et anglais par rapport à la *Rule of law* vient de l'ambiguïté relative à l'expression « *certainty of the law* ». Selon l'interprétation classique, des règles générales, écrites et rendues accessibles aux citoyens leur permettent de prévoir les conséquences juridiques de leur comportement. Cet idéal de la certitude du droit écrit a été poursuivi aux XVII^e et XVIII^e siècles en Europe continentale par certains gouvernements absolutistes qui tenaient à éviter que les juges ne travestissent leurs pensées, ce qui explique que la plupart des pays européens ont adopté des constitutions et lois écrites¹²²¹. Cette conception de la certitude à court terme (« *the short-run certainty of the law* ») ne garantit cependant pas la prévisibilité des lois de demain. Or, estime-t-il, une autre interprétation est possible et s'inspire du droit romain, qui était principalement non écrit mais assurait aux citoyens romains une certaine planification de leurs actions. Selon une conception de la certitude du droit « à long terme », le droit ne peut être sujet à des changements soudains et imprévisibles, d'où l'apologie par Leoni du système anglais. Ce dernier assure la continuité du droit à travers le travail des cours et tribunaux, qui consacrent les règles adoptées spontanément par le peuple depuis des générations, et sur lesquelles les individus ont pu fonder des projets à long terme¹²²².

280. — Selon ces deux auteurs, la production normative serait donc plus certaine et plus protectrice des droits individuels si elle était essentiellement le fait des juges¹²²³. Ils s'incrinrent de la sorte dans le prolongement des écrits de Burke ou des débuts de l'École historique allemande, et de leur modèle organiciste, privilégiant un droit spontané

question, voy. M.C. PIEVATOLO, « Leoni's and Hayek's Critique of the Rule of Law in Continental Europe », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, *op. cit.*, p. 421-422.

¹²²¹ B. LEONI, *Freedom and the Law*, *op. cit.*, p. 72-74 : « General regulations laid down in due time and made known to all citizens make it possible for them to foresee what will happen on the legal stage as a consequence of their behavior [...]. In brief, the Continental ideal of the certainty of the law was equivalent to the idea of a precisely worded, written formula. This idea of certainty was to a great extent conceived as precision ».

¹²²² *Ibidem*, p. 80-95 ; M.C. PIEVATOLO, « Leoni's and Hayek's critique... », *op. cit.*, p. 435 (« Leoni defines law as the normality of social behaviours, i.e. as the set of claims, which might be predictably satisfied »).

¹²²³ D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 45 ; P. COSTA, « Rule of Law... », *op. cit.*, p. 136. Sur l'importance de la sécurité juridique dans la pensée d'Hayek, voy. D. DYZENHAUS, « Recrafting the Rule of Law », in *Recrafting the Rule of Law*, *op. cit.*, p. 4.

et respectueux des attentes légitimes de ses acteurs à un ordre social calqué sur le modèle de la « *taxis* » et nourrissant une sécurité juridique à court terme. A l'instar de Fuller, ils suggèrent de concevoir le droit davantage sur le mode du respect *a posteriori* des attentes (registre de la logique fiduciaire de la sécurité juridique) que sur celui de détermination *a priori* des conséquences juridiques (registre de sa logique cartésienne)¹²²⁴.

b) Les penseurs pragmatiques

281. — Le pragmatisme, qui avait été promu par Peirce et Dewey, revient dans les années 1960 où il influencera des auteurs comme Richard Posner, fer de lance du courant *Law and Economics*, mais également le mouvement des *Critical Legal Studies*¹²²⁵. La philosophie pragmatique consiste en un rejet des dualismes des Lumières, considérés comme les résultats d'un ordre juridique, politique et social conservateur. Selon Posner, le pragmatisme repose sur deux postulats : la méfiance envers les entités métaphysiques, considérées comme des garanties de certitude, et l'importance que les projets soient évalués en fonction de leurs conséquences et des besoins sociaux plutôt qu'à l'aune de critères objectifs et impersonnels¹²²⁶.

282. — Le mouvement *Law and Economics*, dont les racines peuvent être identifiées dans l'utilitarisme de Jeremy Bentham et de John Stuart Mill,

¹²²⁴ Dans des écrits plus anciens, Hayek témoignait cependant d'une certaine nostalgie à l'égard de la certitude du droit. En 1944, il déplorait ainsi l'incertitude croissante du droit, en raison notamment de l'utilisation de termes vagues comme « *fair* » ou « *reasonable* » : « One could write a history of the decline of the Rule of Law, the disappearance of the *Rechtsstaat*, in terms of the progressive introduction of these vague formulae into legislation and jurisdiction, and of the increasing arbitrariness and uncertainty of [...] the law and the judiciary... » (*The Road to Serfdom*, Routledge, Londres, 2001, p. 81).

¹²²⁵ O.M. FISS relève que ces deux courants ont émergé dans les années 1970, lorsque le refuge dans une politique d'égocentrisme et de division pouvait s'analyser en une réaction contre le mouvement de la décennie précédente, qui percevait le droit comme un idéal public, l'instance juridictionnelle étant censée promouvoir une certaine moralité commune (« *The Death of the Law* », *Cornell L. Rev.*, 1986, p. 1-2 et 14).

¹²²⁶ Selon POSNER, le pragmatisme n'est pas anti-scientifique : « It shifts the emphasis in philosophy of science from the discovery of nature's laws by observation to the formulation of theories about nature that are motivated by the desire of human beings to *predict* and control their environment » (« What has Pragmatism to Offer Law », *op. cit.*, p. 181 et 184-187 (« The relevant consequences to the pragmatist

mais également dans le réalisme américain et les théories de Roscoe Pound, est devenu un des courants majeurs de la pensée juridique américaine. Son point de départ est l'individu rationnel, égoïste et prudent qui tend à maximiser son bien-être et ses satisfactions. L'intervention étatique doit se limiter à aider les individus dans cette quête, le droit étant perçu de façon purement instrumentale, comme permettant de diminuer le coût des transactions en assurant une meilleure circulation de l'information, voire en décidant la solution conforme à l'équilibre optimal¹²²⁷. Pour Posner, le droit doit tendre à soutenir les marchés concurrentiels et stimuler leurs résultats dans les situations où les coûts des transactions du marché sont prohibitifs¹²²⁸. Selon lui, les règles sont créées par les juges à partir des « matériaux » qui incluent les textes constitutionnels, légaux et les précédents mais qui ne peuvent qu'influencer – et non déterminer – les cas nouveaux. Dans l'espace discrétionnaire qui est le leur, les juges sont surtout influencés par leurs valeurs morales et religieuses, qui sont elles-mêmes le produit de l'éducation, des expériences significatives de la vie et des caractéristiques personnelles¹²²⁹. En d'autres termes, le courant de Law and Economics fait de la sécurité juridique, comprise comme moyen de sécuriser le marché, le principe essentiel, voire unique, du droit, sans idéaliser pour autant la capacité prédictive qui peut résulter de la connaissance préalable du corpus juridique, à savoir la logique cartésienne de la sécurité juridique.

are long run as well as short run, systemic as well as individual, the importance of *stability and predictability* as well as the importance of justice to individual parties ») (nous soulignons).

¹²²⁷ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 437 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 499-506. Dans ce modèle, les conventions sont préférées aux différentes formes de régulation car elles permettent « de sécuriser et de stabiliser les relations des agents économiques dans un environnement changeant et incertain ». De même, les règles jurisprudentielles sont considérées comme étant plus efficaces dans « la mesure où leur anticipation par les agents économiques encourage ceux-ci à adopter à leur tour des comportements économiques efficaces » et font l'objet d'une procédure plus transparente et contradictoire que le processus législatif (*ibid.*, p. 505, 508 et 511). Sur la *Public Choice Theory* qui à la base de ces conceptions, voy. *infra*, note n° 1971.

¹²²⁸ R.A. POSNER, « What has Pragmatism to Offer Law », *op. cit.*, p. 187. Pour un résumé de la théorie *Law and Economics* de Posner, voy. A.C. HUTCHINSON, « Democracy and Determinacy... », *op. cit.*, p. 546-547.

¹²²⁹ R.A. POSNER, « The Role of the Judge in the Twenty-first Century », *Boston University L. Rev.*, 2006, p. 1051, 1059 et 1060.

283. — Considéré comme un successeur radical du réalisme américain¹²³⁰, le mouvement des *Critical Legal Studies* se présente comme un courant de pensée de gauche, anti-formaliste et anti-objectiviste, qui conteste la conception dominante selon laquelle les structures sociales actuelles seraient le produit nécessaire de la société industrielle, de la nature humaine ou d'un ordre moral¹²³¹. Leur thèse peut être résumée par le slogan : « *law is politics* ». Pour eux, le droit est indéterminé (« *legal indeterminacy* »), ce qui signifie que les matériaux juridiques ne peuvent déterminer une décision et que les décisions des juges sont politiques¹²³². Selon Duncan Kennedy, l'institution juridique est caractérisée par sa capacité à générer un champ ouvert de résultats indéterminés et seule une compréhension sur le long terme des institutions et forces sociales en présence permet d'identifier des modèles relativement stables et prévisibles¹²³³. Roberto Unger, une des grandes figures du mouvement, suggère d'abandonner toute conception d'une forme déterminée, hiérarchisée et immuable de la vie sociale et d'adopter la conception d'une structure institutionnelle flexible, capable de se transformer constamment afin d'éviter l'établissement de toute structure hiérarchisée de division sociale. A cette fin, il défend l'idée de droits déstabilisateurs (« *destabilization rights* ») capables de remettre

¹²³⁰ L. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, op. cit., p. 167 ; O.M. FISS, « The Death of the Law », *Cornell Law Review*, 1986, p. 9.

¹²³¹ R. UNGER, « The Critical Legal Studies Movement », *Harvard L. Rev.*, 1983, p. 563-565 et 571). Sur l'influence de Derrida sur le courant, voy. L.B. SOLUM, « Indeterminacy », in *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishing, 1996, p. 495 ; W. TWINING et D. MIERS, *How To Do Things With Rules*, op. cit., p. 376. Derrida lui-même « juge que les développements des «critical legal studies» [...] sont aujourd'hui, du point de vue d'une certaine déconstruction, parmi les plus féconds et les plus nécessaires » (*Force de loi*, op. cit., p. 23). Pour un résumé des critiques dirigées contre le mouvement des CLS, voy. A.B. RUBIN, « Does Law Matter? A Judge's Response to the Critical Legal Studies Movement », *J. Legal Educ.*, 1987, p. 307-314 ; K. KRESS, « Legal Indeterminacy », in *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishing, 2003, p. 272-280.

¹²³² O.M. FISS, « The Death of the Law », op. cit., p. 9 ; J.R. MAXEINER, « Legal certainty... », op. cit., p. 543 et les réf. citées ; M. ROSENFELD, « The rule of law... », op. cit., p. 1343 ; Ch. M. YABLON, « The Indeterminacy of the Law... », op. cit., p. 935 ; A.C. HUTCHINSON, « Democracy and Determinacy... », op. cit., p. 557. Selon ce dernier, « law is politics in the sense that what counts as law is never not a political matter » (« The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts », in *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 210).

¹²³³ D. KENNEDY, « Spring Break », *Tex. L. Rev.*, 1985, p. 1418-1419.

en cause ces structures hiérarchiques qui ne maintiennent la stabilité qu'en se distançant des conflits susceptibles de les transformer¹²³⁴. Les idées des *Critical Legal Studies* paraissent être l'antithèse même de la notion de sécurité juridique¹²³⁵. Et pourtant, à l'instar des réalistes américains, ils ne semblent pas exclure toute prévisibilité du droit, à condition certes de recourir à d'autres outils que les siens¹²³⁶. S'il est vrai que le droit échoue à rencontrer ses standards proclamés de justification rationnelle et de clarté cognitive, il est possible d'obtenir un certain consensus sur une signification ou d'effectuer une prévision relativement fiable, à partir d'éléments extérieurs à la doctrine juridique¹²³⁷. Par ailleurs, les *destabilization rights* de Unger servent avant tout à protéger une autre catégorie de droits, les *immunity rights*, qui visent à conférer à l'individu un droit presque absolu à la sécurité contre l'État, les organisations et les autres individus¹²³⁸. On serait tenté de considérer, selon notre terminologie, qu'Unger semble défendre une version assez radicale de la logique subjective de la sécurité juridique.

284. — En fait, ces deux courants privilégient la situation de l'individu, et donc la logique subjective de la sécurité juridique. Il s'agit cependant d'une conception qui est coupée de son fondement fiduciaire dès lors

¹²³⁴ R. UNGER, « The Critical Legal Studies Movement », *op. cit.*, p. 576-615. Unger recourt aux notions de « *negative capability* » et « *disentrenchment* » afin de décrire cette capacité collective et individuelle à détricoter les structures établies et à les remplacer par des structures qui peuvent transformer les occasions de reproduction en opportunités pour leur propre correction (*ibid.*, p. 650).

¹²³⁵ Selon L. WINTGENS, si Unger ne vise pas la sécurité juridique, sa position peut être « comprise comme une critique contre l'exagération de l'appel à la sécurité juridique » (*Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, *op. cit.*, p. 173). Grand contempteur du mouvement, O. FISS écrit que ses auteurs n'essaient pas de transcender l'incertitude du droit mais s'en réjouissent (« The Death of the Law », *op. cit.*, p. 9).

¹²³⁶ M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1343.

¹²³⁷ Selon A. HUTCHINSON, on attribue à tort à ce courant de pensée la conception selon laquelle l'indétermination du droit le rendrait arbitraire ou entièrement imprévisible. Il réfute le lieu commun selon lequel la décision juridictionnelle ne serait pour les *Critics* que le résultat d'un choix purement subjectif et conscient, masqué par une motivation rationnelle, alors qu'ils développent une notion nettement plus sophistiquée de l'opération de l'idéologie juridique (« Democracy and Determinacy... », *op. cit.*, p. 558-560). *Contra*, voy. L.B. SOLUM, « Indeterminacy », *op. cit.*, p. 489.

¹²³⁸ R. UNGER, « The Critical Legal Studies Movement », *op. cit.*, p. 599-600 et 612-615. Il s'agit de droits comme le droit à la liberté d'expression ou d'association, qui peuvent résister à l'influence d'une division sociale hiérarchisée, et non de droits, comme le droit à la propriété, qui protègent les pouvoirs en place (*ibid.*, p. 600).

qu'ils n'envisagent pas l'État et le droit comme un espace où peuvent se construire des intérêts collectifs voire un intérêt général, dans le cadre d'une interaction entre les autorités et les particuliers, mais comme des instruments mis au service exclusif des intérêts individuels ou des obstacles à leur épanouissement.

c) La théorie structurante du droit

285. — Le point de départ de la démarche de Friedrich Müller n'est pas sans évoquer celui des *Critical Legal Studies*. Il affirme en effet que sa « théorie structurante du droit » (« *Strukturiende Rechtslehre* ») « exige que soit repensée l'opacité des sujets de l'agir juridique, que congé soit pris des mythes de la transparence, qui derrière la scène d'une immédiate intelligibilité dont ils assurent le montage, masquent le jeu du pouvoir¹²³⁹ ». Cette théorie, qui s'inspire également de la philosophie du langage, s'autodéfinit « post-positiviste » en ce qu'elle dénonce les limites d'une approche selon laquelle le texte aurait une signification unique, claire et accessible qui attendrait d'être découverte dans le texte législatif¹²⁴⁰. Selon la théorie structurante, la norme juridique ne se trouve pas dans la législation mais est obtenue à l'issue d'un travail constant sur les textes appelé « concrétisation » (*Konkretisierung*). Au lieu d'admettre que l'interprète effectue un « va-et-vient » entre la norme et le fait, il s'agit de « mettre en évidence les étapes, les éléments du processus décisionnel en droit et d'entrer dans ce qu'on appellera

¹²³⁹ O. JOUANJAN, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit*, *op. cit.*, p. 88.

¹²⁴⁰ Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, « Présentation », in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit*, *op. cit.*, p. 18. Cette théorie entend dépasser l'approche herméneutique qui présuppose encore une norme juridique écrite préalable qu'il conviendrait simplement d'interpréter (Fr. MÜLLER, « Basic Questions of Constitutional Concretization », *op. cit.*, p. 342 ; O. JOUANJAN, « Nommer/Normer. De quelques aspects du rapport Langage/Droit du point de vue de la théorie structurante du droit » in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit*, *op. cit.*, p. 47). Selon Müller, les approches anti-positivistes ont échoué en ce qu'elles « partageaient encore le vieux schéma de l'application et de la violation du droit au sens d'un modèle aprioristique du texte » (Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit : la question linguistique dans la théorie structurante du droit » in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit*, *op. cit.*, p. 28.

ainsi la *structure* de la norme juridique sur la base d'une conception « concrète » de la normativité¹²⁴¹ ».

Le processus décisionnel peut se diviser en plusieurs phases. Dans une première étape, le juge doit d'abord sélectionner, parmi les textes législatifs qui ne sont que « textes de normes » (*Normtexte*), ceux qui sont pertinents pour le cas qui lui est soumis. Il détermine également les faits généraux qu'il sait d'expérience être pertinents (*Sachbereich*), et les faits de la cause (*Fallbereich*). Le second stade consiste, d'une part, en la formation du « champ normatif » (*Normbereich*) généré à partir du *Sachbereich* et du *Fallbereich* et, d'autre part, en l'élaboration de la « norme-programme » (*Normprogramm*) à partir des outils linguistiques qui sont à la disposition du juge, essentiellement les méthodes d'interprétation. Dans la troisième étape, le « champ normatif » et la « norme-programme » vont se combiner pour former la « norme juridique » (*Rechtsnorm*) généralement formulée comme suit : « dans un cas comme celui-ci », norme qui sera finalement individualisée comme « norme-jugement » (*Entscheidungsnorm*) déterminant la teneur du jugement¹²⁴². La norme juridique est donc le résultat concret d'un travail effectué à partir des textes disponibles et des données concrètes du cas d'espèce, mais elle n'est pas individuelle « dans la mesure où c'est aussi un effort de la *ratio juris* dans le cadre d'un État de droit moderne que de chercher à dégager des solutions reproductibles, « itérables », des *précédents*¹²⁴³ ». Si c'est le juge qui, avant tout, produit la « normativité » de la norme juridique, les tenants de la théorie structurante rejettent tout soupçon d'arbitraire dans le chef de l'interprète grâce aux garanties de l'État de droit¹²⁴⁴. Le juge doit décider tous les

¹²⁴¹ Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, « Présentation », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁴² Fr. MÜLLER, « Basic Questions of Constitutional Concretization », *op. cit.*, p. 334 ; Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit... » *op. cit.*, p. 26 ; O. JOUANJAN, « Nommer/Normer... », *op. cit.*, p. 57. Pour un résumé de ce processus, voy. également O. JOUANJAN, « Faillible droit » in Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, *Avant dire droit*, *op. cit.*, p. 73 ; M. SAMSON, « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique », *Lex Electronica*, vol. 14, n° 1, 2009, p. 13-14.

¹²⁴³ Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, « Présentation », *op. cit.*, p. 17-18. Il n'y a donc pas de « centre fixe d'un sens », celui-ci est constamment amené à évoluer, même après jugement final qui peut tout au plus mettre un terme au procès (Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit... », *op. cit.*, p. 33-34). Pour O. Jouanjan, « la norme n'est pas l'objet de l'interprétation, mais bien son *résultat* » (« Faillible droit », *op. cit.*, p. 71).

¹²⁴⁴ Fr. Müller évoque notamment le principe de séparation des pouvoirs, les voies de recours mais également le fait que l'argumentation retenue par le juge est

cas conformément au droit, ce qui signifie qu'il doit montrer que sa décision peut être « imputée » à la norme juridique et que celle-ci peut être « correctement imputée » au texte de norme. Il n'en demeure pas moins que la sécurité juridique, à tout le moins dans sa logique cartésienne, paraît irrémédiablement condamnée, le « texte de norme » ne pouvant « fournir la règle *fixe et a priori* de son usage futur dans des cas futurs¹²⁴⁵ ».

Conclusion du troisième chapitre

286. — Alors que le XIX^e siècle incarnait l'importance accordée à l'histoire, la sociologie prend la première place au siècle suivant et pose la notion d'intérêt comme concept central¹²⁴⁶. Le droit devient un « instrument actif du changement social¹²⁴⁷ » et l'État se trouve amené à devoir arbitrer des conflits d'intérêts, sur les plans législatif et exécutif mais également au niveau judiciaire, le juge retrouvant dans une certaine mesure la place qui lui avait été refusée les siècles précédents¹²⁴⁸. L'intervention de l'État dans les enjeux socio-économiques entraîne une mutation nettement plus rapide du droit et le rôle du juge

« scientifiquement contrôlable et normativement contrôlée » (Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit... » *op. cit.*, p. 29-38). O. Jouanjan relève que cette théorie « ne considère plus le système juridique comme un "système de normes", mais comme un système d'acteurs, comme un système social de production de normes » (« D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *op. cit.*, p. 82). Comme le relève P. Moor, pour les tenants de la théorie structurante du droit, le juge n'est pas seulement la bouche de la loi mais aussi son cerveau (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 211).

¹²⁴⁵ Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit... », *op. cit.*, p. 29 et 37. Dans le même sens, voy. le livre de P. MOOR, qui propose d'aborder le droit « comme un travail : la production d'un sens à l'intérieur d'un système qui, en même temps qu'il dote ce sens d'une force contraignante, l'exporte vers la réalité qu'il a ainsi reproduite » (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 25). Il revendique cette parenté avec la théorie structurante du droit (*ibid.*, p. 173).

¹²⁴⁶ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 331 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 16-20 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, 436-437.

¹²⁴⁷ F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *op. cit.*, p. 19.

¹²⁴⁸ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 447-457. J. Van Compernelle observe que l'État libéral consacrait le triomphe du pouvoir législatif au XIX^e, que l'État providence a mis en avant le pouvoir exécutif et que le pouvoir judiciaire prévaut à la fin

doit nécessairement se départir de son statut de « bouche de la loi », pour assumer son rôle créateur de droit¹²⁴⁹. Par ailleurs, le XX^e siècle est sans aucun doute également celui où le langage est devenu le centre de l'attention. Après le tournant linguistique, il n'apparaît plus comme un simple « vêtement de la pensée » mais comme son médium incontournable. Du point de vue de la sécurité juridique, la multiplication des droits subjectifs et les incertitudes inhérentes au langage poussent la plupart des théoriciens formalistes et positivistes à accepter qu'une certaine indétermination du droit est inévitable. À l'inverse, à l'exception peut-être du mouvement allemand du Droit libre, tous les auteurs font une place, dans des mesures certes variées, au besoin de la certitude en droit et à la possibilité d'assurer la prévisibilité des décisions juridictionnelles. Il semble que la logique cartésienne, si elle est inévitablement mise à mal dans les discours des philosophes du droit, continue à les hanter au titre d'un idéal à poursuivre.

287. — À partir de la fin de la seconde guerre mondiale, les États européens connaissent, dans la continuité d'une tendance entamée au début du siècle, une inflation normative qui s'accompagne d'une explosion des intérêts individuels. Couplées à l'incertitude des langages naturel et juridique, qui hypothèquent les prétentions d'un droit clair et certain, elles ébranlent considérablement la logique cartésienne de la sécurité juridique, comme en atteste l'aperçu succinct des théories de quelques grands penseurs de cette époque. Et pourtant, curieusement, cette logique ne disparaît pas du discours ambiant, comme si elle était trop profondément ancrée dans l'inconscient collectif juridique. Le rôle de l'État providence et cette importance que prennent les intérêts individuels, illustrée par le succès des droits fondamentaux, semblent confirmer l'ascendant de la logique subjective de la sécurité juridique sur sa logique politique. Par ailleurs, la logique fiduciaire opère un retour discret avec l'apparition du principe de confiance légitime ou les écrits d'auteurs comme Fuller ou Hayek qui, à la suite de Jellinek et Bentham, investissent l'État de la mission d'assurer la prise en compte des attentes juridiques légitimes des citoyens.

du XX^e siècle (« Conclusion. Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 152).

¹²⁴⁹ P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, op. cit., p. 113-114.

Conclusion de la deuxième partie

288. — Ce long parcours historique met en évidence l'importance des exigences du principe de sécurité juridique dans l'histoire de la pensée juridique occidentale. A quelques exceptions près¹²⁵⁰, tous les auteurs étudiés, à tout le moins depuis Thomas d'Aquin, plaident en faveur de la certitude du droit ou de la confiance qu'il doit inspirer, déplorent son incertitude ou apportent une pierre à l'édifice de ce principe complexe, largement influencé par le contexte politique, socio-économique et intellectuel. En fin de compte, il apparaît comme le résultat hybride de la rencontre de quatre logiques différentes, parfois incompatibles, accumulées sur plus de deux mille ans d'histoire de la pensée juridique. Il n'est guère surprenant que ce produit composite soit à l'origine de solutions jurisprudentielles parfois irréconciliables. Prenons le temps de résumer ces éléments.

a) La logique politique

289. — La sécurité juridique se présente d'abord sous la forme d'un outil à vocation politique. Elle est alors conçue comme un instrument de domination au service du prince. Les exigences d'un droit stable et uniforme paraissent très utiles, voire indispensables, à l'unification politique, à l'instauration et au maintien de la paix et de l'ordre publics, ce qui passe souvent par la possibilité de garantir les échanges économiques, comme en témoignent le formalisme du droit romain des obligations ou la récupération du *corpus juris civilis* lors de la renaissance économique européenne. Cette volonté d'un droit unique et stable, qui est clairement affichée dans la politique des rois de France, est également manifeste dans les différents efforts de codification, de Justinien au code civil allemand, en passant par son prédécesseur français. Comme le résume Max Weber, le « prince veut de l'"ordre" ainsi que de l'"unité" dans son royaume » et, par conséquent, « (l)'intrusion de *l'imperium* spécialement l'intrusion de *l'imperium* du prince – d'autant plus important que son pouvoir est fort et stable – dans la vie

¹²⁵⁰ Notamment la théorie allemande du Droit libre et, dans une moindre mesure, les *Critical Legal Studies*.

juridique contribue partout à l'unification et à la systématisation du droit c'est-à-dire à la codification¹²⁵¹ ». L'exigence d'accessibilité des lois représente alors avant tout un moyen pour assurer le respect, par ses destinataires, de la norme ou du commandement princier¹²⁵² ou pour en garantir l'application par les autorités chargées de leur exécution¹²⁵³.

b) La logique cartésienne

290. — La notion de sécurité juridique a cependant pris une tournure décisive au XVII^e siècle, qui inaugure un culte inégalé de la Raison et met le sujet au centre de la pensée humaine. Le rationalisme prétendra lui conférer un caractère absolu alors que l'émancipation du sujet scellera irrémédiablement son caractère relatif en atomisant, littéralement, sa portée. La Raison ainsi promue n'est pas celle que les Grecs associaient au raisonnable, à la rhétorique et au probable mais celle de Galilée, Descartes et Newton. Dans le courant des XVIII^e et XIX^e siècles, cette conception va infuser l'ensemble des sciences et de la pensée occidentale, à tout le moins sur le continent européen. Comte entamera officiellement la démarche déjà envisagée par Condorcet au siècle précédent : tenter de découvrir les lois qui permettent d'expliquer – et si possible prévoir – tous les événements, naturels et humains. Le droit n'échappera pas à ce fantasme de la raison toute-puissante. Certes, la normativité juridique est censée présenter une différence majeure avec la loi scientifique, comme l'a fort bien expliqué Kelsen. Il existe, selon lui, deux principes qui permettent d'unir les actes de conduite humaine les uns aux autres, et avec d'autres faits, à savoir celui de causalité (si A est, B est), qui fait intervenir des causes et des effets et dont relève la loi scientifique, et celui d'imputation (si A est, B doit être), qui mobilise une volonté, et dont relève la norme juridique (ou éthique)¹²⁵⁴. Le caractère falsifiable de la première formule détermine, selon Popper, sa scientificité alors que la possibilité d'une non réalisation de B est une condition de la juridicité de la seconde¹²⁵⁵. Leurs finalités sont également

¹²⁵¹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, op. cit., p. 196.

¹²⁵² Voy. notamment l'ordonnance de Villers-Cotterets et les *Institutes* de Loisel.

¹²⁵³ Voy. le plaidoyer de Leibniz en faveur d'un droit clair, certain et connu... du législateur et des interprètes officiels de la loi.

¹²⁵⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 83-84.

¹²⁵⁵ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 18 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 367 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 19.

différentes, la science visant à expliquer et prédire les événements, et le droit à prescrire, interdire ou autoriser des comportements¹²⁵⁶. Enfin, si la causalité nécessaire est de nature à poser une sérieuse menace pour la liberté humaine, le droit a longtemps trouvé dans cette dernière un fondement pour la plupart de ses constructions, notamment celle de la responsabilité¹²⁵⁷. La distinction semble être d'une clarté sans appel et devrait irrémédiablement invalider toute tentation d'appliquer une logique mécaniste au droit.

291. — Hélas, les affaires humaines ne sont jamais aussi simples. On se souvient que Hume avait remis en cause l'objectivité de la causalité, forçant Kant à l'internaliser dans la structure cognitive du sujet. En outre, à en croire Kelsen, il existe une étroite connexion historique entre les relations normatives d'imputation et descriptives de causalité, la première ayant précédé la seconde dans la perception des phénomènes naturels¹²⁵⁸. Rien n'empêche, selon lui, d'abandonner l'élément de nécessité associé à la causalité, qui pourrait n'être qu'un vestige de la pensée religieuse, et de le remplacer par une simple vraisemblance, ou à tout le moins de « laïciser » la nécessité abolue de la volonté divine en « nécessité de la pensée humaine, c'est-à-dire : la validité, sans aucune exception, d'un postulat de la connaissance humaine ». Si on applique un tel principe au comportement humain, la différence entre les sciences exactes et les sciences sociales telles que la psychologie, la sociologie ou l'histoire n'est plus qu'une question de degré¹²⁵⁹. Il en va d'autant plus ainsi que la science du XX^e siècle a montré les limites de la capacité prédictive de l'homme, particulièrement dans l'ordre de l'infiniment petit ou de l'infiniment grand et les statistiques ont reconnu fonder la

¹²⁵⁶ G. BACHELARD, *Le Nouvel Esprit Scientifique*, 10^e éd., P.U.F., 1968, p. 11 (« La vérité scientifique est une prédiction, mieux une prédication »). Dans le même sens, voy. H. CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, op. cit., p. 56 ; J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, MacMillan, Londres, 1921, p. 277 ; S.L. HURLEY, « Coherence, Hypothetical Cases and Precedent », *O.J.L.S.*, 1990, vol. 10, p. 233.

¹²⁵⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 367 : « Régler la conduite humaine par des règles est donc faire le pari (ou prendre le risque) de la liberté ».

¹²⁵⁸ Voy. *supra*, n° 164.

¹²⁵⁹ Il est vrai qu'il considère que l'éthique et le droit constituent des exceptions dès lors qu'ils fonctionnent conformément au principe d'imputation mais il reconnaît que, si on admet que l'essence de la causalité consiste dans la possibilité de prévoir des événements futurs, il pourrait être considéré que les lois juridiques sont identiques aux lois de la nature (*Théorie pure du droit*, op. cit., p. 78-94).

leur sur une masse critique, excluant de leurs ambitions toute prévision certaine et absolue dans le registre du particulier. Même le postulat d'objectivité des sciences exactes paraît devoir être relativisé¹²⁶⁰.

292. — A l'inverse, dès le XVII^e siècle, le droit affiche des prétentions aux consonances pour le moins scientifiques et voue un véritable culte à la prévisibilité¹²⁶¹. Il est vrai que cet amalgame a été facilité par l'utilisation du même mot « loi » par le droit et les sciences, ce qui ne surprend guère dans un monde où Dieu se voyait imputer tant les lois de la nature que le droit naturel¹²⁶². Montesquieu nous offre probablement, à cet égard, la meilleure preuve de la confusion ambiante lorsqu'il affirme dans la même phrase que les lois « sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » et que « tous les êtres ont leurs lois », que ce soit la « Divinité », le monde matériel ou les hommes¹²⁶³. A quelques années d'intervalle, Montesquieu et, dans une moindre mesure, Blackstone réduisent le juge à un automate, censé appliquer mécaniquement le droit existant aux faits qui lui sont soumis, sans faire œuvre créatrice. Admirateur du premier, Beccaria résumera l'œuvre juridictionnelle par la figure formelle et logique du syllogisme judiciaire. Dans ce modèle, les lois sont les causes et les décisions juridictionnelles les conséquences. Toute intervention du juge qui s'écarterait du syllogisme déductif est perçue comme une interférence causale entre l'énonciation de la loi et son application au cas particulier. Dans un contexte d'émancipation démocratique, la formule fera

¹²⁶⁰ En ce sens, voy. notamment Fr. MÜLLER et O. JOUANJAN, « Présentation » *op. cit.*, p. 13-14. ; F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, p. 15-16.

¹²⁶¹ Fr. Müller et O. Jouanjan expliquent ce phénomène par le complexe nourri par les sciences humaines à l'égard des sciences exactes (« Présentation », *op. cit.*, p. 12-13).

¹²⁶² Voy. également A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, « coll. Quadrige », 2002, v^o Loi : « Si l'on considère Dieu comme créateur ou comme architecte de l'univers, on est amené à se représenter les régularités de la nature comme l'effet de règles qu'il lui prescrit. D'où l'idée de « lois de la nature » conçues d'abord comme des décrets impératifs de Dieu [...] » (p. 583). Descartes semble clairement considérer Dieu comme étant l'auteur des lois de la nature (*Discours de la méthode*, *op. cit.*, p. 29-30). Sur l'ambiguïté du mot « loi » chez Hobbes, Grotius et Pufendorf, voy. A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, *op. cit.*, p. 111-124). Sur les points communs entre lois scientifiques et juridiques, voy. A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 157 ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 175-176.

¹²⁶³ Voy. sa citation *in extenso*, *supra* n^o 210.

d'autant plus mouche sur le continent qu'elle se parera de la légitimité de la volonté générale, couchée dans les lois adoptées par le Parlement. Si l'idée qu'une règle abstraitement et préalablement adoptée puisse déterminer l'issue d'un cas particulier n'a pas cours dans les pays de *common law*, la théorie déclaratoire de Blackstone a néanmoins fait autorité jusqu'à ce qu'elle succombe aux critiques de Bentham, Gray et Holmes. C'est pourtant précisément chez les fils spirituels de ce dernier qu'on retrouve le fantasme scientifique de la prévisibilité.

293. — Il ne s'agit plus, pour les réalistes, de prévoir les conséquences juridiques des actions fondées sur des lois connues à l'avance, mais de prédire, à l'aide des sciences sociales, les décisions des juges. Pour certains d'entre eux, le droit se résume même à cette notion de prévision juridictionnelle¹²⁶⁴. Malgré les nombreuses critiques suscitées par cette théorie souvent simplificatrice, il faut lui reconnaître le mérite d'avoir mis en lumière le débat relatif aux causes qui déterminent un juge à décider dans un sens ou dans un autre et, plus largement, d'avoir attiré l'attention sur la place de la causalité en droit. Comme l'observait Weber, le droit est susceptible d'influencer causalement les comportements humains et cette dimension ne peut être ignorée. Selon lui, l'ordre juridique, en tant que concept, se compose d'un système de pensées et de concepts mais, considéré comme objet empirico-historique, il « se dissipe en un complexe de maximes, empiriquement effectives, dans la tête d'individus déterminés, influençant causalement leur conduite factuelle et à travers eux, indirectement, celle des autres ». De même, la règle juridique, conçue comme idée, peut être pensée « comme standard d'évaluation par rapport auquel l'être factuel sera évalué en fonction de valeurs déterminées » et, « considérée *empiriquement* » constitue une « composante objective de la réalité empirique, une *maxime* qui détermine sur le plan causal, avec un degré de « pureté » plus ou moins grand, la conduite empiriquement observable d'une partie des individus, dont l'ampleur demeure dans chaque cas indéterminée ». Le fait que

¹²⁶⁴ W. Rumble critique cette conception précisément en ce qu'elle opérerait une confusion fondamentale entre lois scientifiques et juridiques, les règles produites par les organes de l'État n'étant pas des prédictions mais des normes (« American Legal Realism... », *op. cit.*, p. 73). Voy. les critiques de Kelsen et Hart, *supra*, n° 265.

les individus soient normalement des êtres raisonnables explique que le droit soit « un déterminant causal d'une importance très élevée ¹²⁶⁵ ».

294. — Cependant, précisément parce que le droit opère dans le registre normatif, prescriptif voire performatif, il ne peut s'agir de causalité nécessaire. Le droit n'offre – et ne peut offrir – qu'un degré limité de prévisibilité ¹²⁶⁶. Comment expliquer dès lors que la logique cartésienne de la sécurité juridique ait eu un tel succès ? Une première explication rattache la quête de la certitude au besoin matériel et psychologique de sécurité qu'éprouvent tous les humains dans un monde incertain ¹²⁶⁷. Dans sa célèbre théorie sur la motivation, le psychologue américain Abraham Maslow décrit plusieurs couches de « besoins basiques » qui doivent être successivement assouvis par l'être humain et le besoin de sécurité surgirait immédiatement après les besoins physiologiques ¹²⁶⁸. Jean Carbonnier va jusqu'à qualifier la sécurité juridique de « besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal ¹²⁶⁹ ». Selon Jerome

¹²⁶⁵ M. WEBER, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, op. cit., p. 148-155. Selon C. DIDRY, cette causalité sociale spécifique du droit consiste un des apports principaux de Weber. Si le droit peut être considéré comme un facteur causal des actions humaines, il fonde également « une attente de garantie publique dans l'exécution des engagements entre particuliers » (« Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber », in *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, M. Coutu et G. Rocher (dir.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 91-96). Dans le même sens, Ch. GRZEGORCZYK écrit que, ce qui est constitutif de la norme, « c'est l'introduction dans le monde d'un certain courant de causalité artificielle [...], le groupe dans lequel la norme fonctionne reconnaît que cette causalité introduite par la volonté humaine modifie les choix individuels et provoque ainsi les sentiments d'obligation chez les sujets » (*La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, L.G.D.J., 1982, p. 264).

¹²⁶⁶ Nous démonterons cette affirmation dans le premier chapitre de notre troisième partie.

¹²⁶⁷ L. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, op. cit., p. 167 (« Il est frappant de constater que les réalistes attribuent le désir de sécurité au désir de la figure perdue du père, tandis que ceux qu'ils critiquent l'attribuent à un désir de survie »). Selon J. Ellul, « dans un monde, de toutes parts imprévisible, l'homme a toujours eu besoin de savoir » (« Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », op. cit., p. 29).

¹²⁶⁸ A. MASLOW, « A Theory of Human Motivation », in *Psychological Review*, 1943, p. 372-377. Pour une critique de cette théorie, voy. M. A. WAHBA et L.G. BRIDWELL, « Maslow Reconsidered: a Review of Research on the Need Hierarchy Theory », *Organizational Behavior and Human Performance*, 1976, p. 212-240.

¹²⁶⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., op. cit., p. 172.

Frank, le mythe de la sécurité juridique provient d'un désir infantile de sécurité, devenu inconscient à l'âge adulte et qui substitue à l'image du père tout-puissant l'institution juridique, censée contenir les réponses à tous les problèmes. Si l'explication peut paraître simpliste, elle n'en est pas pour autant saugrenue. Selon Freud, qui fait davantage autorité en la matière, tel est le rôle qui a été joué par la religion¹²⁷⁰. Dans le même ordre d'idées, François Ost et Jacques Lenoble défendent la thèse selon laquelle la précompréhension qui structure le discours juridique présente un trait dominant et récurrent qu'ils qualifient de « dérive mytho-logique¹²⁷¹ ». Selon eux, la rationalité juridique occidentale est pénétrée des idéaux logiciens de cohérence, de complétude et d'univocité, qui s'incarnent dans la figure du « législateur rationnel » et dont le « statut fantasmatique » constitue la véritable « tache aveugle » des théories du droit. S'inspirant des enseignements de la psychanalyse, les auteurs imputent au mythe du législateur rationnel le rôle de substitut du Père absent, l'idéal logicien traduisant « l'inscription du discours juridique dans l'ordre de la croyance et du désir, situé qu'il est dans l'orbite d'une figure paternelle omnisciente et omnipuissante, garante de la bonne loi¹²⁷² ». Le juriste logicien ne tend pas, par ses syllogismes, à obtenir l'assentiment de la raison mais l'adhésion des sujets de droit par la mobilisation de leur imaginaire¹²⁷³.

295. — Qu'elle soit le résultat d'un besoin matériel ou psychologique de sécurité ou d'un désir inconscient de substitut paternel, cela n'explique pas pourquoi la logique cartésienne de la sécurité juridique n'apparaît qu'au XVII^e siècle. Tant l'incertitude du monde que l'inconscient préexistent assurément à Galilée, Descartes, Newton et Leibniz. Nous avons vu que le droit a suivi l'évolution des sciences exactes, mais n'avons pas exploré plus avant – ou plus arrière – l'explication de la révolution scientifique. La thèse de Stephen Toulmin, qui justifie l'obsession moderne de la certitude par l'insécurité politique, religieuse

¹²⁷⁰ Voy. *supra*, n° 223.

¹²⁷¹ J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁷² *Ibidem*, p. 151-173 ; 223-251 et 297.

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 227 et 552 : « C'est cela l'efficace de la mytho-logique juridique : traiter des contradictions sociétales selon les prescriptions de l'ordre. La logique verrouille l'ensemble du texte jurisprudentiel dans l'enclos de la loi que le mythe exhausse à la dignité de vérité bonne en la reportant à son auteur infaillible » (*ibid.*, p. 229). Voy. également le caractère mythique, voire mystique attaché à la loi par la doctrine française (*supra*, n° 237).

et économique régnant au XVII^e siècle, n'éclaire que partiellement ce phénomène fondamental de l'histoire humaine. Or, notre parcours historique contient suffisamment d'éléments pour nous permettre de formuler une tentative de réponse. Il est ainsi possible de distinguer trois temps importants dans la quête humaine de certitude, qui ont amené l'homme à réagir à des situations dans lesquelles il a perçu le monde comme étant plus incertain qu'auparavant¹²⁷⁴.

Une première étape peut être identifiée à la philosophie grecque, qui insiste sur la séparation de l'homme et de la nature et l'importance accordée à la Raison. Or, cette division entre l'homme et le reste du monde, qui résulte notamment de son statut d'être de langage¹²⁷⁵, constitue une source d'incertitude¹²⁷⁶ que la rencontre de la croyance religieuse et du déterminisme métaphysique permettra de tarir en partie¹²⁷⁷. Les dieux sont considérés comme responsables de tout ce qui se passe. Omniscients, ils connaissent déjà le futur, qui est donc arrêté¹²⁷⁸. Le droit antique a donc pour mission d'assurer la justice ou de réguler le fonctionnement de la cité ou de l'Empire mais pas de garantir le futur.

Le deuxième moment important est celui du christianisme, qui concentre la loi et la certitude entre les mains de l'autorité divine. Selon

¹²⁷⁴ Comme l'écrit P. Brunet, « Ce n'est pas l'existence factuelle du désordre qui justifie la sécurité juridique mais bel et bien la volonté d'y remédier, au nom de la représentation classique selon laquelle un ordre « véritablement juridique » doit être clair, ordonné, cohérent, en un mot, prévisible ! » (« La sécurité juridique : nouvel opium des juges », *op. cit.*, p. 248).

¹²⁷⁵ Le philosophe A.W. WATTS écrit que nommer, c'est séparer et que le langage et la pensée créent un conflit entre l'homme et la nature : « Plus nous essayons de vivre dans le monde des mots, plus nous nous sentons isolés et seuls, plus toute l'allégresse et la vitalité des choses sont troquées contre davantage de certitude et de sécurité [...]. (L)a maladie particulière de l'homme civilisé pourrait être décrite comme un blocage ou une cassure entre son cerveau [...] et le reste de son corps » (*Éloge de l'insécurité*, trad. par B. Guérif, Petite Bibliothèque Payot, 2003, p. 51-55 et 64).

¹²⁷⁶ Comme le relève A.-J. ARNAUD, la philosophie libérale pense l'homme dans un rapport de séparation par rapport à la nature. L'homme est souverain de lui-même mais tout le reste est étranger et potentiellement source de danger. Cette conception de la liberté « objective tout ce qui n'est pas elle sous le sceau général de l'insécurité » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, v^o Sécurité, p. 544).

¹²⁷⁷ Cette rencontre explique, selon Kelsen, l'émergence du principe de causalité nécessaire.

¹²⁷⁸ K. POPPER, *L'univers irrésolu*, *op. cit.*, p. 4.

une conception de type moniste, les penseurs chrétiens décrivent une pyramide de normes au sommet duquel trône la loi divine, qui est précisée par les lois humaines. En même temps, l'évolution du phénomène religieux, particulièrement dans le monothéisme chrétien, a mis en place les conditions de possibilité du passage de l'hétéronomie divine à l'autonomie humaine, comme l'explique brillamment Gauchet. On l'a vu, l'an mil constitue un moment déterminant de l'histoire occidentale dès lors qu'il marque une nouvelle façon pour l'homme de s'investir dans le monde qui l'entoure, et le début de la notion de progrès¹²⁷⁹. Or, la capacité humaine d'anticiper l'avenir est de nature à faire apparaître le monde comme étant plus incertain. Si l'emprise de la religion a permis de fournir une garantie suffisante pendant plusieurs siècles, la crise de la médiation qu'opère l'Église chrétienne entre le visible et l'invisible finira par atteindre le politique, qui sera « contraint de trouver une autre légitimation religieuse que la sacralité médiatrice », entraînant la naissance de l'État moderne¹²⁸⁰.

Cette évolution va se poursuivre, ouvrant le troisième temps significatif de la quête de la certitude. Les progrès de la connaissance vont permettre aux hommes de reléguer Dieu au second rang. Or, la sous-traction de l'homme à un ordre des choses soumis à l'emprise divine, dans lequel il était assuré d'une « place absolument stable au sein de cet univers déterminé d'ailleurs » a nécessité un « effort de déchirement » et produit un ordre « dont nous subissons les effets sans pouvoir les contrôler¹²⁸¹ ». Il a donc fallu compenser cette incertitude, prix de l'émancipation humaine. Le statut de Dieu en tant que détenteur de la certitude absolue va être rapidement occupé par la raison humaine. Le XVII^e siècle apparaît ainsi comme le relais du déterminisme religieux par les déterminismes scientifique et juridique, opérant une laïcisation de la certitude absolue¹²⁸². Ce que l'an mil a initié et qui devient indispensable, c'est de ménager, entre le présent et l'éternité, une place pour l'avenir qu'il s'agit de planifier et de prévoir. Certes, avant la modernité, le droit se voulait déjà pourvoyeur de certitude mais celle-ci se manifestait dans l'attachement au précédent¹²⁸³, donc au passé, ainsi que

¹²⁷⁹ Voy. *supra*, n° 172.

¹²⁸⁰ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 167-196.

¹²⁸¹ *Ibidem*, p. 15-18.

¹²⁸² Sur la question, voy. K. POPPER, *L'univers irrésolu*, op. cit., p. 4-5.

¹²⁸³ Comme le résume O. Hattaway : « 'stare decisis et non quieta movere' : let the decision stand and do not disturb things which have been settled » (« Path

dans la décision juridictionnelle, censée mettre un terme à l'incertitude. A partir de la modernité, un instrument va se voir investir de cette mission de certitude tournée vers l'avenir, à tout le moins sur le continent : la loi¹²⁸⁴. Ce n'est donc pas un hasard si la loi juridique n'est pas toujours aisément dissociable de la loi scientifique et qu'elle se présente comme l'héritière de la loi divine¹²⁸⁵. Comme l'observait Jhering, il est essentiel que l'homme ait une confiance aussi solide et imperturbable dans le droit que celle qu'il a en Dieu, afin qu'à la place d'un sentiment d'angoisse et de peur, il puisse développer un sentiment immuable de sécurité¹²⁸⁶.

Eu égard à la mission qu'il poursuit désormais, il n'est pas surprenant que le droit ait « horreur du vide¹²⁸⁷ » et que les jusnaturalistes comme

Dependence in the Law : The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System », *Iowa L. Rev.*, 2000-2001, p. 622).

¹²⁸⁴ Jusqu'à la fin du Moyen-Âge, la loi ne joue qu'un rôle minime par rapport à la coutume (K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 446).

¹²⁸⁵ G. TIMSIT évoque ainsi la « loi héritière de la Parole divine » (*Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 11). M. VILLEY écrivait que la philosophie juridique moderne était « sortie de la *théologie* » (« Torah-Dikaion I (Patristique et Haut Moyen-Âge) », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, *op. cit.*, p. 20). Encore avant lui, Kantorowicz écrivait que le XX^e devait encore écarter tout esprit théologique de la science juridique rajeunie (« The Battle for Legal Science », *op. cit.*, p. 2021 et 2024 (« However, jurisprudence has thus far waited in vain for the man who would feel the force within himself to become its Luther »). Frank lui-même avait envisagé ce lien : « It is arguable that in law, as everywhere else, this religious impulse is operative ; it drives men to postulate a legal system touched with the divine spirit and therefore free of the indefinite, the arbitrary and the capricious » (*Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 211). Sur l'influence de l'idéologie chrétienne sur le droit continental et la dimension mystique de l'État moderne, voy. K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme*, *op. cit.*, p. 454-456 et 508-523. Selon C. Schmitt, « (t)ous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés » (*Théologie politique*, trad. par J.-L. Schlegel, Ed. Gallimard, Paris, 1988, p. 46). K.J. ARROW souligne le passage d'autorité qui s'est opéré, lors des révolutions anglaise et américaine des XVII^e et XVIII^e siècles, d'entités ou d'individus sacrés vers des principes impersonnels (*The Limits of Organization*, Norton & Company, New York-London, 1974, p. 65).

¹²⁸⁶ R. VON JHERING, *Law as a Means to an End*, *op. cit.*, p. 288-289. Au début du XX^e siècle, le juriste français Emmanuel LÉVY écrivait déjà que le droit n'était « qu'un substitut pratique de la religion » (*L'affirmation du droit collectif*, Société nouvelle de librairie et d'édition, Paris, 1903, p. 23).

¹²⁸⁷ J.-P. PUISOCHET, « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », in *Problèmes d'interprétation – A la mémoire de C. N. Kakouris*, C. G. Rodriguez Iglesias e.a. (dir.), Sakkoulas-Bruylant, Athènes-Bruxelles, 2004, p. 306 ; O. JOUANJAN, « Faillible droit », *op. cit.*, p. 61. Il paraît plus honnête de dire que le vide angoisse l'être humain.

les juspositivistes aient adopté les postulats de complétude et de cohérence du système juridique¹²⁸⁸. Le défi est d'autant plus grand que, dans un contexte d'essor du capitalisme¹²⁸⁹, l'anticipation prend une place nouvelle dans la pensée juridique, notamment celle de Bentham¹²⁹⁰, et anime les entreprises de codification qui se généralisent au XIX^e siècle. L'apogée du fantasme de la prévisibilité marque déjà le début de son déclin. Comme le relève Gauchet, un des facteurs de la « désorientation angoissante » de la société de l'histoire est causée par cette orientation vers l'avenir qui oblige à penser les différences entre passé, présent et futur. Si cette division des temps humains reste compatible avec une idée de continuité grâce au concept de progrès (« le point d'arrivée ne sera jamais que le complet développement des germes qui étaient présents au point de départ »), la conciliation s'avèrera bientôt intenable en raison de « l'amplification de l'action historique », l'avenir étant « par définition autre que ce qu'il nous est possible d'anticiper¹²⁹¹ ». Alors que la pensée scientifique s'est accommodée des limites de la capacité prédictive de la raison, les juristes, essentiellement continentaux, ont, à l'instar de ces astres éteints longtemps avant qu'on ne perçoive plus

On relèvera l'expression de « déni de justice », comme renvoyant au déni inconscient des lacunes ou au fantasme de la complétude.

¹²⁸⁸ Sur ces postulats, voy. *infra* n° 325.

¹²⁸⁹ Sur l'importance de la prévisibilité pour l'économie, voy. les développements *supra*, n° 242, et notamment ceux de Weber. Gauchet reconnaît le mérite de l'analyse wébérienne en termes de rationalisation de la société mais lui reproche de « masquer la source métaphysique de la dynamique occidentale », c'est-à-dire ce qui pousse la raison en avant mais n'est pas de l'ordre du rationnel (*La condition historique*, *op. cit.*, p. 191). Il en va de même de la réflexion relative à la sécurité juridique.

¹²⁹⁰ Comme le fait remarquer F. OST, le temps benthamien est tourné vers le futur, gradualiste et continuiste : « Qui dit calcul utilitariste, dit anticipation de probabilités prévisibles » (« Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », *op. cit.*, p. 217. Voy. également J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. III, *op. cit.*, p. 209 : « Si l'on trouvait un moyen de se rendre maître de tout ce qui peut arriver à un certain nombre d'hommes, de disposer tout ce qui les environne, de manière à opérer sur eux l'impression que l'on veut produire, de s'assurer de leurs actions, de leurs liaisons, de toutes les circonstances de leur vie, en sorte que rien ne pût échapper ni contrarier l'effet désiré, on ne peut pas douter qu'un moyen de cette espèce ne fût un instrument très énergique et très utile que les gouvernements pourraient appliquer à différents objets de la plus haute importance. »)

¹²⁹¹ M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 374-375. Tel est précisément le sens de la « condition historique », qui est « d'être en transit entre des dimensions impossibles à tenir ensemble » (*ibid.*, p. 376).

leur lumière, continué à croire au mythe de la prévisibilité parfaite¹²⁹². Certes, la pratique divergeait considérablement de cet idéal mais ses incertitudes étaient imputées à des imperfections ponctuelles du système juridique, postulé complet et cohérent. L'importance que conserve encore aujourd'hui la logique cartésienne de la sécurité juridique dans le discours sur le droit, malgré la complexification objective des ordres juridiques contemporains, reflète la place que celle-ci a prise dans l'inconscient juridique collectif¹²⁹³.

296. — Un premier élément d'explication des problèmes posés par la jurisprudence de la Cour de justice résulte précisément de la survivance de cette conception cartésienne du droit et de la sécurité juridique. Lorsque la Cour définit celle-ci en termes absolus, comme exigeant du droit qu'il soit certain, clair et précis et que son application soit prévisible, afin que ses destinataires puissent connaître de façon claire et dépourvue d'ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence, elle postule une autorité et un sujet de droit parfaitement rationnels, des règles qui ont l'exactitude des lois scientifiques et un langage neutre et mathématique. En d'autres termes, bien que tout le monde s'accorde sur le fait que la réalité ne correspond pas à cette vision idéalisée du droit et de la société, le discours jurisprudentiel européen continue à s'inspirer de la logique cartésienne de la sécurité juridique. Le problème est que la Cour a fait des principes généraux du droit des instruments d'interprétation du droit de l'Union et de contrôle de légalité du droit dérivé¹²⁹⁴. Or, à moins d'invalider tous les actes qui font l'objet d'une question préjudicielle en validité ou d'annuler la plupart des actes visés par les recours en annulation, la Cour ne peut, sauf les cas extrêmes, que constater l'absence d'ambiguïté, la clarté et la précision de ces actes, ainsi que la prévisibilité

¹²⁹² En 1953, le behavioriste américain B.F. Skinner écrivait encore que la science n'était pas qu'une description des événements mais qu'elle tendait à découvrir un ordre afin de permettre la prévision des événements afin de contrôler le futur. Dans le domaine des affaires humaines, cela revenait à postuler que le comportement est déterminé et qu'il est possible, lorsque les conditions de l'action humaine sont connues, d'anticiper celle-ci (*Science and Human Behavior*, Macmillan, New York, 1953, p. 6-7).

¹²⁹³ On se souviendra de Géný qui écrivait ne pas vouloir « sacrifier à une chimère d'inflexibilité et d'égalité abstraites toute idée d'adaptation individuelle des principes généraux », tout en voulant maintenir « comme un *desideratum* absolu, la stabilité et la certitude du droit » (*supra*, n° 256).

¹²⁹⁴ Sur la question, voy. *infra*, n° 391.

de leur application. Les juges du Kirchberg n'ont donc d'autre choix que d'affirmer que le requérant « a *toujours* été en mesure de prévoir les conséquences juridiques de ses comportements¹²⁹⁵ ». Le sujet de droit, ou l'opérateur économique « normalement prudent et diligent », n'est plus seulement censé être parfaitement rationnel mais il se voit également investi des obligations qu'on est en droit d'attendre d'un être supérieurement prudent et diligent voire, dans certains cas, devin.

Les exigences de la sécurité juridique sont à ce point élevées que les juridictions se voient pratiquement contraintes de tordre les faits pour conclure à l'absence de leur violation, afin de sauver l'ordre juridique de l'Union¹²⁹⁶. Il en va de même de la confiance légitime, dont les conditions d'application ont été rendues de plus en plus rigoureuses, de façon casuistique et pas toujours cohérente, ou du principe de respect des droits acquis dont l'incapacité à assumer sa puissance potentielle a entraîné sa désuétude. Il en résulte une pression accrue sur les justiciables, dont les obligations augmentent à concurrence des limites – inévitables – des normes européennes. La troisième partie de notre recherche tendra notamment à démontrer l'inanité de la conception cartésienne de la sécurité juridique et à plaider pour son abandon dans le discours juridictionnel, la pratique ayant largement démontré, outre son manque de crédibilité, le fait qu'elle entraîne des effets pervers en ce qui concerne la motivation des décisions de justice.

c) Les logiques fiduciaire et subjective

297. —Le second pilier de la modernité est l'individu. Il va de soi que, de tout temps et certainement depuis les philosophes grecs, ce dernier a occupé une place importante dans la pensée en général¹²⁹⁷. A. Dufour

¹²⁹⁵ C.J.U.E., 8 février 2007, Groupe Danone, C-3/06P, pt 28. En fait, le dilemme est biaisé par le point de départ, qui consiste à conserver la logique cartésienne de la sécurité juridique (voy. *infra*, la troisième partie).

¹²⁹⁶ Dans un sens comparable, P. Popelier explique le peu de succès du principe de sécurité juridique par le fait que sa violation est un motif de responsabilité extra-contractuelle et qu'un constat excessif de violation risquerait de paralyser le législateur (« Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 65). Selon F. HUBEAU, « si une violation du principe de la confiance légitime était largement et facilement admise sans discernement, tous les autres principes de droit seraient mis en échec et l'insécurité régnerait » (« Le principe de la protection de la confiance légitime... », *op. cit.*, p. 161).

¹²⁹⁷ GAUCHET situe la naissance de l'individu au tournant axial, avec des penseurs comme Confucius, les philosophes grecs, les prophètes d'Israël et Bouddha (*La condition historique*, *op. cit.*, p. 115).

relève l'émergence, dès le droit romain chrétien de Constantin et Justinien, de la notion de personne humaine « de par sa filiation divine, indépendamment de sa condition¹²⁹⁸ ». Il faudra cependant attendre la Renaissance puis la Modernité pour que l'homme accède au rang de « sujet¹²⁹⁹ ». A partir de là, il n'est plus seulement l'objet de cette pensée mais se voit reconnaître le statut de sujet de la connaissance. Le « *cogito* » cartésien est l'archétype d'une conception du monde où l'homme prend la première place, avant même celle de Dieu, et la philosophie kantienne incarne le primat de la subjectivité, dès lors que ce sont les structures internes du sujet qui déterminent son accès au monde. Au niveau juridique, le sujet de droit émerge, depuis le droit subjectif chez Occam jusqu'à la théorie des droits naturels de Grotius, en passant par la défense des droits humains mise en avant par la scolastique espagnole¹³⁰⁰. Le développement est majeur. L'individu n'est plus uniquement une anonyme et infime partie du peuple, destinataire des injonctions du prince, mais il devient titulaire de droits. Dès lors que la société est composée d'individus qui ont des droits naturels, donc innés, il s'avère impératif de produire une théorie permettant de légitimer la première tout en garantissant les seconds.

298. — Tel sera l'objet du contrat social. Sa nouveauté dans la pensée moderne est de faire des individus les auteurs d'un contrat originaire qui investit une autorité du pouvoir de les gouverner¹³⁰¹. Alors que, chez Hobbes, le Léviathan est explicitement exclu du pacte et ne peut donc se rendre coupable d'une violation de la convention d'origine, Locke dépasse la vision absolutiste de son compatriote et subordonne clairement la validité du pouvoir du souverain au respect de son mandat. Celui-ci consiste exclusivement à préserver et protéger la propriété – certes comprise dans un sens fort large – des cocontractants. Les

¹²⁹⁸ A. DUFOUR, « Le discours et l'événement... », *op. cit.*, p. 415).

¹²⁹⁹ GAUCHET, qui définit la personne comme l'individu en tant qu'il est doté de réflexivité, de présence à lui-même, écrit que « les sociétés modernes changent le statut des personnes de l'extérieur en les constituant en individus de droit » et que, parallèlement le processus de sortie de la religion transforme les individus de l'intérieur en les érigeant en « sujets » (*La condition historique*, *op. cit.*, p. 252-253).

¹³⁰⁰ On se souvient cependant des ambiguïtés de traduction chez Grotius, entre droit (*law*) et droits (*rights*).

¹³⁰¹ Il est important de rappeler que la notion même d'obligations dans le chef du prince envers ses sujets, qui constitue la racine du principe de légalité, est nettement antérieure au XVII^e siècle. Voy. *supra*, n° 165 et 171.

exigences propres à la sécurité juridique prennent alors une coloration nouvelle, voire copernicienne. Il ne s'agit plus seulement de veiller à ce que les destinataires de la norme en aient connaissance afin d'assurer son efficacité pour le plus grand bénéfice de son auteur, mais d'imposer à celui-ci de garantir l'accessibilité de la loi aux individus, devenus sujets de droits, afin qu'ils puissent prendre leurs dispositions en conséquence. L'homme étant rationnel et doué de libre arbitre, il convient qu'il soit mis en mesure de faire les choix qui le concernent¹³⁰². La théorie lockéenne du contrat social propose à la fois un nouveau fondement à la sécurité juridique (la confiance, qui fonde sa logique *fiduciaire*) et de nouveaux bénéficiaires de ses exigences (les individus, ce qui justifie sa logique *subjective*). En outre, malgré les références initiales à l'autorité divine, celle-ci ne joue plus dans le contrat social le rôle déterminant qu'elle avait dans la convention implicite existant entre le peuple et le souverain médiéval¹³⁰³. Le changement est majeur : à la base de la société, on ne trouve plus l'intervention divine mais la volonté humaine, qui s'approprie la toute-puissance qui avait été imputée à Dieu. Ce processus de laïcisation du droit explique donc pourquoi le XVII^e siècle voit l'émergence concomitante des logiques cartésienne et subjective de la sécurité juridique. La place laissée par Dieu laisse un espace d'incertitude, que tente de combler le *déterminisme* de la première. Elle ouvre également un champ de possibilités pour le sujet émancipé qui fait usage de sa *liberté* pour conclure le contrat social qui justifie la seconde. Comme en témoigne Spinoza, les philosophes sont confrontés à la difficulté de réconcilier le caractère déterminé de la nature et la liberté présumée de l'homme¹³⁰⁴. Ils ne s'en sortent qu'en distinguant l'esprit humain, libre, de son corps et de la nature, qui sont déterminés.

299. — Alors que la logique fiduciaire va amorcer un net recul dans le champ de la pensée, pour ne réapparaître que ponctuellement, la logique subjective de la sécurité juridique va prospérer mais de façon essentiellement théorique. En effet, si le déclin jusnaturaliste n'empêche pas

¹³⁰² Dans le contexte du paradigme cartésien, littéralement en « connaissance de cause » serait-on tenté d'écrire.

¹³⁰³ Voy. les observations de Menissier sur la sécularisation du contrat social (*supra*, n°740).

¹³⁰⁴ Pour PRIGOGINE, « la démocratie et les sciences modernes sont toutes deux les héritières de la même histoire, mais cette histoire mènerait à une contradiction si les sciences faisaient triompher une conception déterministe de la nature alors que la démocratie incarne l'idéal d'une société libre » (*La fin des certitudes*, op. cit., p. 15).

le succès des droits individuels, le triomphe d'un État de droit essentiellement formel à la fin du XIX^e siècle empêche de remplir les promesses des siècles précédents. Dans cette structure formelle, la valeur de la sécurité juridique occupe une place majeure, laissant au second rang les deux autres objectifs souvent assignés au droit : la justice et le progrès social. Cependant, l'importance de cette valeur n'est que de façade du point de vue des sujets de droit dès lors qu'ils ne sont pas en mesure de la mobiliser devant les tribunaux, à tout le moins continentaux. Outre l'absence de justice constitutionnelle, le droit à la sécurité juridique n'est généralement pas repris dans les catalogues des droits fondamentaux, sauf éventuellement en tant que droit à la sûreté, limité à la protection contre toute arrestation ou condamnation arbitraire. Il faudra attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que la logique subjective du principe trouve la voie de la juridictionnalisation grâce au développement des principes généraux du droit et au triomphe des droits fondamentaux.

300. — A partir de l'essor des États modernes, on assiste à une résurgence de la logique *politique* de la sécurité juridique, non plus uniquement en tant qu'elle sert le prince mais également comme instrument au service de l'ordre juridique sur lequel reposent ces États, qui sont en voie d'établissement ou en quête d'expansion. Les notions d'État de droit et de sécurité juridique, si elles emportent incontestablement un progrès sur le plan de la protection des particuliers, constituent également des outils de légitimation très utiles pour les autorités nationales¹³⁰⁵. On peut se demander à cet égard si les vertus de neutralité dont se prévaut le positivisme juridique ne masquent pas les enjeux politiques de l'époque de son triomphe. Il est vrai, par ailleurs, que l'avènement de la démocratie a rendu l'opposition entre logiques subjective et politique moins marquée et plus complexe. En faisant du peuple le titulaire de la souveraineté de la nation, elle le rend en effet à la fois auteur et destinataire des règles de droit¹³⁰⁶.

301. — Au bout de ce parcours historique, la sécurité juridique apparaît non seulement déchirée entre deux fondements (la certitude et la confiance), mais également entre deux maîtres : le prince ou l'ordre

¹³⁰⁵ Comme le relève K. BENYEKHEF, les attributs du droit moderne « marquent une idéologie statocentrique » (*Une possible histoire de la norme, op. cit.*, p. 399).

¹³⁰⁶ Sur cette question, voy. *infra*, n^{os} 441-443.

étatique, d'une part (logique politique), et le sujet de droit, d'autre part (logique subjective)¹³⁰⁷. Un deuxième élément de compréhension de la jurisprudence de la Cour de justice se fait jour et permet d'éclairer plusieurs contradictions relevées précédemment. En effet, l'ordre communautaire nouveau a, comme les rois de France et les États-nations avant lui, également eu besoin d'établir ses fondements et sa légitimité. Cependant, le progrès des droits individuels n'aurait pu s'accommoder d'un remplacement pur et simple de la logique subjective de la sécurité juridique par sa logique politique, ce qui a eu pour conséquence d'entraîner les juridictions européennes dans des performances d'équilibriste pas toujours convaincantes.

C'est ainsi que la Cour fonde sur le principe de sécurité juridique l'exigence, dans l'intérêt des sujets de droit, qu'aucun acte ne leur soit opposable avant qu'ils n'aient eu la possibilité d'en prendre connaissance (logique subjective), et qu'elle juge par ailleurs dans son arrêt *Racke* que, l'application uniforme du droit de l'Union étant une condition du respect du principe de sécurité juridique, la date à laquelle un règlement doit être considéré comme publié ne peut dépendre de la disponibilité du *Journal officiel de l'Union* sur le territoire de chaque État membre (logique politique)¹³⁰⁸. Dans un sens comparable, le principe de sécurité juridique exige, pour des raisons évidentes d'accessibilité du droit, que les textes légaux soient interprétés dans le sens propre ou usuel des termes qui y sont contenus (logique subjective), mais il requiert également, dans l'intérêt général du droit de l'Union, que soit privilégiée une interprétation uniforme lorsqu'il existe des divergences linguistiques (logique politique)¹³⁰⁹. En ce qui concerne les délais de prescription et de forclusion, la sécurité juridique impose qu'ils soient fixés à l'avance, afin de permettre à leurs destinataires d'en avoir connaissance et d'agir en conséquence et, à défaut de délai,

¹³⁰⁷ Cette dualité au sein de la sécurité juridique, P. PESCATORE la met en évidence involontairement, lorsqu'il définit la sécurité juridique comme « une idée d'ordre philosophique, découlant d'une certaine conception de philosophie sociale qui voit dans l'ordre et la paix une condition essentielle de l'existence humaine ». Elle signifie « plus concrètement » que chacun puisse connaître la loi « pour qu'il puisse régler en conséquence ses actes et ses comportements » (*Introduction à la science du droit*, Luxemburg, 1960, p. 415). On voit clairement le glissement de l'idéal politique de paix et de stabilité, qui en se concrétisant s'identifie à l'exigence subjective de prévisibilité du droit.

¹³⁰⁸ Voy. *supra*, n^{os} 29 et 86.

¹³⁰⁹ Voy. *supra*, n^{os} 63 et 144.

s'oppose à ce que la Commission puisse retarder indéfiniment ses poursuites contre des particuliers ou des États membres (logique subjective). Cependant, c'est également sur la base de la sécurité juridique que la Cour a privé, par la voie prétorienne, des sujets de droit de voies de recours prévues par les traités (logique politique)¹³¹⁰. En d'autres termes, deux sécurités juridiques sont à l'œuvre, à savoir celle qui permet de garantir la stabilité en mettant un terme à toute contestation ou réclamation juridique et celle qui tend à protéger le particulier en visant à assurer sa connaissance du droit, particulièrement lorsque des conséquences juridiques peuvent résulter de son ignorance. En faveur cette fois des justiciables, la Cour a jugé qu'un délai national de prescription, fondé sur des raisons de sécurité juridique, ne pouvait être opposé à des particuliers à défaut pour eux d'avoir pu prendre connaissance des droits que leur conférait le droit de l'Union¹³¹¹. Enfin, le même principe de sécurité juridique, qui justifie le refus de la Cour de limiter dans le temps les effets de ses arrêts après qu'ils aient été prononcés, l'a amenée, dans l'intérêt du requérant, à tenir en suspens les effets d'un arrêt prononcé huit ans plus tôt sans limitation dans le temps et ce, jusqu'à l'écoulement d'une « période transitoire »¹³¹².

302. — Si l'éclairage historique s'est avéré très utile sur le plan explicatif, il nous faut encore, d'un point de vue normatif, poursuivre la démarche afin de mettre en lumière ce que l'on peut, ou plutôt ce qu'on est ou devrait être en *droit* d'attendre du principe de sécurité juridique. Tel sera l'objet de notre troisième partie.

¹³¹⁰ Voy. notamment les arrêts *Riva*, *Cantina* et la jurisprudence *TWD*, *supra* n°s 58, 103, 138 et 143.

¹³¹¹ Voy. l'arrêt *Emmott* et comp. notamment les arrêts *Heininger* et *Palmisani* (*supra*, n°s 140-141).

¹³¹² Voy. l'arrêt *Brescia*, *supra* n° 149.





Troisième partie

DE LA CERTITUDE À LA CONFIANCE

Quant au destin, que certains regardent comme le Maître de tout, le sage en rit. En effet, mieux vaut encore accepter le mythe sur les dieux que de s'asservir au destin des physiciens. Car le mythe nous laisse l'espoir de nous concilier les dieux par les honneurs que nous leur rendons, tandis que le destin a un caractère de nécessité inexorable.

ÉPICURE

303. — Le long parcours d'histoire des idées, qui nous a emmenés de Platon à la théorie structurante du droit, a mis en évidence l'émergence et le développement de quatre logiques de sécurité juridique qui permettent de jeter un éclairage nouveau sur certaines des difficultés relevées dans la première partie de notre recherche. Il faut maintenant quitter la position confortable du registre explicatif et analytique pour se lancer dans celui, plus risqué, des propositions normatives. La nôtre est double et d'une simplicité confondante : il s'agit de plaider pour l'abandon de la *certitude* comme *fondement* de la sécurité juridique (chapitre I) et son remplacement par la notion de *confiance* (chapitre II). La première proposition exige de se débarrasser définitivement de la logique *cartésienne* du principe et la seconde requiert de la remplacer par la logique *fiduciaire*. Il en résulte qu'en ce qui concerne les *bénéficiaires* du principe, nous suggérons de privilégier sa logique *subjective* à sa logique *politique*, à tout le moins sur le plan de la motivation¹³¹³.

304. — Nous évoquions le risque du registre prescriptif. Il est des plus relatifs en ce qui concerne notre première thèse dès lors qu'elle se contente de réitérer, *mutatis mutandis*, la démarche entreprise par Kantorowicz au début du siècle dernier : rendre compte de la pratique du

¹³¹³ Il va de soi que nous avons, à ce stade, abandonné l'approche nominaliste adoptée au début de notre étude.



droit et du fossé qui la sépare du discours tenu à son égard, le plus souvent par les praticiens eux-mêmes¹³¹⁴. Dès 1979, N. Mazen dénonçait une « insécurité structurelle, inhérente au système juridique car impliquée par les déficiences et lacunes intrinsèques à ce système¹³¹⁵ ». En 1997, P. Popelier plaidait pour une conception relative et dynamique de la sécurité juridique¹³¹⁶. Nous espérons pouvoir ajouter aux développements de ces auteurs quelques éléments d'analyse complémentaire afin notamment de prendre en considération les spécificités de l'ordre juridique de l'Union européenne, pour enfoncer un clou dont il s'avère qu'il rencontre une étonnante résistance¹³¹⁷. En effet, alors que la complexité accrue de l'ordre juridique européen invalide d'avantage encore qu'au niveau national la prétention du droit à déterminer à l'avance les conséquences juridiques des actes posés par les sujets de droit, la double quête de légitimité et d'effectivité menée par la Cour de justice l'a incitée à conserver dans son discours la définition cartésienne de la sécurité juridique héritée des XVII^e et XVIII^e siècles, tout en l'écartant au stade de l'application du droit. Les enjeux de la *légitimité*, qui relève du registre de l'acceptabilité¹³¹⁸, et de l'*effectivité*, comprise

¹³¹⁴ Voy. *supra*, n° 255.

¹³¹⁵ N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, *op. cit.*, p. 82. Le vocabulaire péjoratif utilisé atteste cependant de ce que le mythe de la certitude absolue est encore présent.

¹³¹⁶ P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*

¹³¹⁷ Nous avons proposé, en conclusion de la deuxième partie, quelques pistes de réflexion afin d'expliquer cette résistance. A titre d'exemple de la survivance du modèle scientifique, voy. l'étude menée en 2004 par le professeur Th. Ruger, de l'université de Pennsylvanie, visant à faire prédire l'issue d'arrêts de la Cour suprême par deux équipes séparées, une de statisticiens et une de spécialistes de droit constitutionnel (Th. RUGER e.a., « Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Supreme Court Decision-Making », *C.L.R.*, 2004, p. 1150-1211, spéc. p. 1063). Voy. également l'exemple du livre *Supreme Court Decision Making* qui a prédit avec succès 33 sur 34 décisions de la Cour suprême américaine en se focalisant sur les attitudes des juges par rapport à trois sujets en 1972-1973 (H.J.M. BOUKEMA, *Judging. Towards a Rational Judicial Process*, *op. cit.*, p. 32). Laplace avait pourtant pointé les limites du calcul des probabilités relatif aux décisions juridictionnelles : « Tant de passions, d'intérêts divers et de circonstances compliquent les questions relatives à ces objets qu'elles sont presque toujours insolubles » (*Essai philosophique sur les probabilités*, *op. cit.*, p. 268).

¹³¹⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 398. Ces auteurs relèvent que les lacunes et contradictions n'existent pas en elles-mêmes mais apparaissent seulement quand l'interprète n'a pas réussi ou voulu étendre le champ d'application de dispositions virtuellement applicables ou leur conciliation

comme la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires ou à être utilisée par ceux-ci pour orienter leur pratique¹³¹⁹, occupent en effet une place fondamentale dans la jurisprudence européenne¹³²⁰ et leur prise en compte permet d'éclairer en grande partie les logiques qui la sous-tendent. Quelle que soit la force des mots, elle ne peut cependant faire échec à la radicale imprévisibilité qui affecte, au moins potentiellement, l'issue de l'instance juridictionnelle européenne et qui permet de comprendre le fossé que nous avons tenté de mettre en évidence entre le *discours* jurisprudentiel sur le principe et sa *pratique*.

305. — Notre seconde proposition consiste à affirmer que la logique *fiduciaire* constitue un meilleur fondement pour la sécurité juridique, tant sur le plan descriptif que prescriptif. Sur le plan des destinataires du principe, nous estimons que la logique *subjective* du principe bénéficie d'une plus grande *légitimité* que sa logique *politique*, qui opère essentiellement dans le registre de *l'effectivité*. La simplicité de cette distinction ne pourra cependant faire l'impasse ni sur les transformations opérées par le modèle démocratique ni sur celles inhérentes à cet ordre juridique *sui generis* que constitue l'Union européenne, dans lequel se cotoient constamment les intérêts, tantôt divergents, tantôt convergents, de l'Union, des États membres et des particuliers. Dans une démarche dialectique d'affinement, voire de dépassement de cette distinction, nous proposerons alors de substituer au mythe de la certitude absolue le fondement de la confiance afin de donner une assise, plus souple mais plus résistante, au principe de sécurité juridique. La logique *fiduciaire* de la sécurité juridique permet entre autres d'expliquer pourquoi, à rebours de la conception générale, le processus jurisprudentiel européen, qui souffre d'une imprévisibilité radicale en théorie, jouit d'une certaine prévisibilité en pratique. A partir de l'idée

par aménagement des champs d'application respectifs (« Interprétation », *op. cit.*, p. 175).

¹³¹⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 329-330. Cette notion se distingue de celles d'efficacité (qui évalue la pertinence du moyen choisi par l'auteur de la norme pour atteindre l'objectif visé) et d'efficience (qui mesure le coût engagé pour atteindre, par la règle choisie, le but visé) (*ibid.*, p. 331). Il convient de rappeler que la Cour a consacré un principe général d'effectivité à la portée plus ciblée dès lors qu'il impose que les modalités procédurales nationales ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (voy. *supra*, n° 61).

¹³²⁰ J. STEINER et L. WOODS, *EU Law*, 10^e éd., O.U.P., 2009, p. 88-90; J.-V. LOUIS et Th. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 271.

de confiance, nous proposerons de construire une ébauche de « contrat social » européen, sous l'angle particulier de la sécurité juridique¹³²¹. Sur cette base contractualiste, nous avancerons douze suggestions visant à rencontrer certains des problèmes jurisprudentiels relevés dans notre première partie¹³²².

¹³²¹ Une mise en garde s'impose à cet égard. La rançon de toute recherche qui aborde de tels sujets et souhaite rester dans des proportions raisonnables est sans doute de souffrir une certaine simplification, des raccourcis et des accélérations, là où la réflexion préférerait prendre le temps de la complexité, du détour et de l'arrêt sur image. La nôtre a dû s'acquitter de ce prix mais propose des références permettant au lecteur qui le souhaite d'aller plus loin dans ces questions essentielles, qui ont été traitées ailleurs avec la profondeur qui leur sied.

¹³²² On le rappelle, notre démarche n'a pas vocation à améliorer la rédaction des normes européennes mais se limite au champ juridictionnel.

CHAPITRE I

La sécurité juridique démystifiée (la certitude en question)

Nul ne délibère sur les choses qui ne
peuvent pas être autrement qu'elles ne sont.

ARISTOTE

306. — La logique cartésienne de la sécurité juridique est avant tout le résultat du paradigme de la certitude qui a dominé les XVII^e et XVIII^e siècles, et continue à marquer notre rapport au monde. Si la volonté de l'être humain de contrôler son environnement n'était pas neuve, Descartes et Newton ont répandu la conviction qu'une telle maîtrise était possible. Dans ce contexte, les membres d'une société pénétrée de théories contractualistes et démocratiques ont estimé avoir le droit de connaître exactement la portée de leur engagement, l'emprise du droit ne pouvant qu'être limitée aux conséquences prévisibles de règles définies à l'avance. Les lois adoptées par leurs représentants, supposées incarner la volonté générale, ne pouvaient subir d'altération par les autorités chargées de leur application, au risque d'interférer dans le cours – postulé logique – de l'itinéraire d'un acte juridique. Il n'est dès lors guère surprenant que ce soit précisément la sécurité juridique qui ait été une des objections opposées au pouvoir créateur des juges¹³²³ et que

¹³²³ M. IGLESIAS VILA, *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Kluwer, Dordrecht, 2001, p. 2. Dans le même sens, J.-L. AUBERT écrit : « Ce qui, à nos yeux, s'oppose irréductiblement à l'admission de la jurisprudence comme source du droit, c'est l'incertitude qui lui est inhérente » (*Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz-Sirey, 2004, p. 167, n° 172). *Contra*, P. BRUNET estime que la seule fonction de la sécurité juridique est de justifier que les juges participent à la production des normes, notamment en écartant celles qui sont peu claires (« La sécurité juridique : nouvel opium des juges », *op. cit.*, p. 248). Selon L. AZOULAI, la jurisprudence a pour fonction, outre la concrétisation et l'interprétation des textes aux fins de leur application au cas

la forme assignée à leur raisonnement soit celle d'un syllogisme, censé annihiler tout arbitraire et toute incertitude¹³²⁴. Si, dans la pratique, cet idéal mécaniste n'a sans doute été que très partiellement transposé, il a néanmoins imprégné les conceptions juridiques dominantes, à tout le moins dans l'Europe continentale, et influencé la forme de la motivation adoptée par leurs juridictions¹³²⁵. L'ordre juridique européen, digne successeur de la rationalité cartésienne, n'a pas échappé à cet encombrant héritage.

307. — Les travaux en herméneutique, en philosophie du langage, en psychologie, mais également les courants sociologique et économique du droit ont pourtant irrémédiablement fissuré ce paradigme juridique de la certitude déjà assailli de toutes parts dans les autres sciences. Dans un monde où le droit se présente au moins autant sous la forme d'un réseau que d'une pyramide¹³²⁶, le syllogisme judiciaire, s'il conserve des mérites sur le plan didactique, ne correspond plus au modèle proposé par Beccaria à la suite de Montesquieu et met à nu la difficulté du droit, pressentie par Aristote, à appréhender le gouffre existant entre la règle et son application¹³²⁷. Selon W. Leisner, le but principal de l'État

d'espèce, « la stabilité, la permanence des interprétations, destinées à sécuriser les justiciables » (« La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et le paradigme de la traduction », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel Van de Kerchove*, A. Bailleux, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 181).

¹³²⁴ Plusieurs auteurs ont relevé que le modèle syllogistique véhiculait une conception davantage normative que descriptive de la fonction de juger (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 279 ; F. OST, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 81). P. MOOR explique le succès du syllogisme judiciaire par le fait que, si le droit se trouve uniquement dans les normes, les juristes chargés de leur application n'en sont pas responsables (*Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 22-23).

¹³²⁵ H. CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, op. cit., p. 50 : « The mechanistic conception of the world put forward in the century of Newton corrupted at its base our whole theory of social science ».

¹³²⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit.

¹³²⁷ P. GOODRICH, « Law and Language... », op. cit., p. 180 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 45 et 201-206 ; J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 35 et 131 ; G. AGAMBEN, *L'état d'exception. Homo Sacer II*, trad. par J. Gayraud, Ed. du Seuil, Paris, 2003, p. 70 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », op. cit., p. 261 ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 154 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 388 ; J. LENOBLE, « La question de l'application en droit au-delà d'une approche herméneutique », in *Mélanges*

de droit est « d'assurer un maximum de prévisibilité » mais la norme, qui est son outil principal, est un « mirage de prévisibilité » étant donné qu'il y a non pas un pas mais un abîme entre elle et son application et que celui qui applique la norme fait bien plus que l'interpréter, « il réunit la prévision à la réalité, il re-crée la norme selon ses besoins¹³²⁸ ». Dans une conception mécaniste du droit, il en résulte une insécurité juridique profonde, incontournable et intolérable¹³²⁹. Nous reprendrons d'abord les incertitudes qui parcourent tout processus juridictionnel confronté à l'interprétation et à l'application d'un acte juridique (section 1).

308. — Dans un deuxième temps, nous poursuivrons cette démarche au niveau de l'ordre juridique de l'Union européenne qui, par ses spécificités, démontre de façon encore plus éclatante que la logique cartésienne de la sécurité juridique n'est pas seulement idéalisée, elle est tout simplement intenable¹³³⁰. Or, son maintien dans le discours des juridictions de l'Union, promu à des fins de légitimation, a des conséquences importantes du point de vue de la motivation des arrêts dès lors qu'il contraint les juges européens à blâmer les justiciables pour leur manque de diligence. En effet, la Cour a reconnu aux principes généraux, dont celui de sécurité juridique, un rang constitutionnel¹³³¹. Sous peine de considérer que l'application de l'intégralité du droit dérivé est imprévisible, ce qui

Jacques van Compernelle, *op. cit.*, p. 324. Selon E.W. Thomas, l'incertitude est inhérente à la réduction du général au particulier (*The judicial process, op. cit.*, p. 117). N. Mazen se demande si la rupture entre le particulier et l'universel ne constitue pas le fondement structurel de l'insécurité juridique (*L'insécurité inhérente au système juridique, op. cit.*, p. 49).

¹³²⁸ W. LEISNER, « L'État de droit – une contradiction ? », *Mélanges à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 66-75.

¹³²⁹ Voy. notamment X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *A.P.D.*, 2006, n° 50, p. 80 ; E.W. THOMAS, *The Judicial Process, op. cit.*, p. 115 ; C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict, op. cit.*, p. 105.

¹³³⁰ Notre recherche étant principalement centrée sur le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice, nous n'examinerons le processus d'élaboration de la norme européenne qu'incidemment.

¹³³¹ C.J.U.E., 15 octobre 2009, Audiolux, C-101/08, pt 63 ; 29 octobre 2009, NCC Construction Danmark, C-174/08, pt 42. Le tribunal a qualifié le principe de sécurité juridique « de principe de droit primaire » (T.U.E., 21 novembre 2012, Espagne/Commission, T-76/11, pt 34). La doctrine se montre parfois plus nuancée (C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 112 ; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux, op. cit.*, p. 41) mais rejoint globalement cette position (J-M. SAUVE et N. POLGE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 745 ;

aurait pour conséquence son invalidité ou, à tout le moins, la mise en cause systématique de la responsabilité de l'Union, le juge ne peut que reporter la « faute originelle » du droit sur les épaules des particuliers, leur faisant grief de n'avoir pas *prévu* les conséquences juridiques de leurs actes, censées être prévisibles en vertu d'une norme postulée certaine, claire et précise (section 2).

309. — Nous tenterons enfin de sceller le sort de la logique cartésienne en esquissant brièvement un modèle alternatif à celui du modèle mécaniste, qui tentera de rendre compte, à partir d'une terminologie empruntée au philosophe français Alain Badiou, des potentialités événementielles de tout instance juridictionnelle, ce que nous illustrerons en développant la question des principes généraux du droit (section 3).

Section 1. — Les incertitudes du processus juridictionnel

310. — L'instance juridictionnelle est l'aboutissement d'un parcours jalonné par les embûches, depuis l'apparition de la norme, jusqu'à son éventuelle disparition, en passant par ses différentes concrétisations. Notre démarche tend à identifier, du point de vue du juge, les nœuds d'incertitude susceptibles d'interrompre la chaîne causale postulée entre l'adoption d'une norme – et les attentes qu'elle a pu légitimement susciter chez son destinataire –, et la solution effectivement apportée dans un cas particulier¹³³². Afin de détailler ces obstacles, nous emprunterons à Umberto Eco sa distinction entre les trois « intentions »

T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 51 ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 988-989).

¹³³² En ce sens, voy. M. VAN DE KERCHOVE, « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit », in *Qu'en est-il de la simplification du droit?*, Fr. Rueda et J. Pousson (dir.), L.G.D.J., 2010, p. 117 ; N. MACCORMICK, « Rhetoric and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 175 (« Legal processes move through a chain of putative certainties that are at every point challengeable »). Sur les différentes manières dont peut être mis à mal le besoin de maintenir la correspondance entre la loi et l'action des autorités, y compris celle des juges, voy. L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 81-91. Enfin, W. TWINING et D. MIERS distinguent pas moins de trente-six circonstances susceptibles de susciter des doutes dans l'interprétation des règles (*How To Do Things With Rules*, *op. cit.*, p. 209-214).

interprétatives¹³³³. A côté de la recherche, typiquement positiviste, de l'intention de l'auteur d'un texte (*intentio auctoris*) (A), le penseur italien nous invite à prendre en considération l'*intentio lectoris* (ce que le lecteur trouve dans le texte en « référence à ses propres systèmes de signification et/ou en référence à ses propres désirs, pulsions, volontés ») (B) ainsi que l'*intentio operis* (ce que le texte veut dire, indépendamment de la volonté de l'auteur, « en référence à sa propre cohérence contextuelle et à la situation des systèmes de signification auxquels il se réfère¹³³⁴ ») (C). Transposée au droit, cette division tripartite révèle autant de sources d'incertitude. La sélection de l'une ou l'autre « intention » ou leur combinaison, qui postule un choix en l'absence de formule préétablie, renforce l'imprévisibilité de la production de sens ainsi opérée, d'autant que, à la différence de son équivalent littéraire, l'interprétation juridictionnelle ne constitue pas une fin en soi mais poursuit une intention spécifique, qui est la résolution d'un « cas » particulier et, parfois, la découverte d'une norme. Elle ne peut donc être dissociée des faits de la cause ni de la solution envisagée¹³³⁵. L'interprétation juridique peut donc être comprise comme le raisonnement mettant en œuvre des opérations intellectuelles visant la

¹³³³ B. FRYDMAN relève que le mot « *intentio* » ne se réduit pas à une intention psychologique mais renvoie à une visée, une direction ou un point de vue orientant la compréhension du sens (*Le sens des lois, op. cit.*, p. 601).

¹³³⁴ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, trad. par M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1992, p. 29-30.

¹³³⁵ Pour reprendre la terminologie d'Eco, il s'agit d'une interprétation en vue d'une utilisation (sur la distinction entre ces notions, voy. U. ECO, *Les Limites de l'interprétation, op. cit.*, p. 39-40). A la suite de Battifol, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE relèvent que le mot « sens » se comprend non seulement comme « signification » mais aussi comme « direction » dès lors que le juriste vise le droit en action (« Interprétation », *op. cit.*, p. 168). Ces auteurs évoquent les contextes sémantique, syntaxique et pragmatique dans lesquels s'inscrit l'interprétation (*De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 397; voy. également B. FRYDMAN, *Le sens des lois, op. cit.*, p. 602-604). G. TIMSIT considère qu'une norme acquiert sa signification par l'intégration du sens résultant de la combinaison de la prédétermination (« définition préalable par l'autorité d'édiction de la norme de sa signification et en particulier des conditions auxquelles la norme doit être exécutée »), de la codétermination (par le lecteur de la norme) et de la surdétermination (« par référence au champ dans lequel est opéré le décodage de la norme », qui ne peut être limité au contexte écrit mais couvrir « l'ensemble des principes, idées, valeurs, croyances auxquels adhèrent les membres d'une société et qui commandent leurs comportements, leurs réactions et leurs interprétations – une culture, pour tout dire ») du sens (*Les noms de la loi, op. cit.*, p. 54-178).

solution d'un cas d'espèce ou la découverte d'une règle de droit à l'aide de données juridiques faisant autorité¹³³⁶.

A. *Intentio auctoris :* *à la recherche de l'intention perdue*

311. — La recherche de l'intention de l'auteur de la norme juridique est problématique en ce qu'elle repose sur l'idéalisation de la volonté unique et identifiable d'un législateur rationnel¹³³⁷. Or, la réalité est nettement plus complexe et l'incertitude relative au processus législatif (compris dans son sens le plus large) est multiple. Avant l'adoption de la règle, il n'est pas rare que le législateur ait une appréhension erronée ou imprécise du contexte factuel ou de la situation à régler, ou qu'il n'ait pu établir des objectifs politiques clairs, cohérents et adéquats. Lors de l'étape de la création de la règle, il est possible qu'il ne soit pas suffisamment tenu compte du contexte juridique dans lequel celle-ci est amenée à fonctionner, ouvrant la voie aux lacunes et aux contradictions, ou entraînant l'inadéquation du choix de l'instrument par rapport à l'objectif recherché, à supposer que celui-ci puisse faire l'objet d'un consensus¹³³⁸. Les théories cognitives expliquent que les preneurs de décisions, qui opèrent dans un contexte de « rationalité limitée », tendent à préserver leur « énergie cognitive » en cherchant de manière sélective plutôt qu'exhaustive ou systématique les façons de

¹³³⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *op. cit.*, p. 170 (« Ensemble des opérations mentales nécessaires à la solution des cas d'espèce à l'aide des données juridiques faisant autorité »); F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 394 (« Ensemble des opérations intellectuelles nécessaires pour résoudre une question de droit à l'aide de textes juridiques faisant autorité »); B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 15 (« Toute forme de raisonnement juridique qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle, indépendamment de la référence ou non à un texte »).

¹³³⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 389. Sur l'incertitude relative à la *ratio legis*, voy. E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 123. Plus généralement, sur la question, voy. J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.* Le postulat de rationalité du législateur, en ce qu'il vise à privilégier l'effet utile du texte, sa cohérence, peut également être considéré comme « la personnification de l'*intentio operis* dans le champ juridique » (F. OST, « Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 99).

¹³³⁸ Pour une approche nettement plus détaillée de ces problèmes potentiels, voy. W. TWINING et D. MIERS, *How To Do Things With Rules*, *op. cit.*, p. 209-214.

résoudre un problème¹³³⁹. Il en résulte un risque accru de contingence des règles, d'incohérence du système et de développement ultérieur d'exceptions par la pratique. Les cognitivistes mettent également en avant le phénomène de *task interference*, soit le fait que la multitude des tâches à effectuer impose l'obligation de poser des priorités, ce qui entraîne inévitablement une qualité inégale des performances, voire tout simplement le maintien d'une situation insatisfaisante¹³⁴⁰. Or, les éléments d'un système étant amenés à interagir, le problème posé par une nouvelle norme ou notion légale est susceptible d'avoir des conséquences sur des normes ou notions existantes, provoquant un effet d'entraînement de l'incertitude.

312. — Au-delà de ces contraintes, la quête du sens peut être entravée par l'indétermination sémantique affectant tout texte, en raison des limites qui grèvent la capacité d'anticipation humaine, d'une part, et qui sont inhérentes à la nature du langage, d'autre part¹³⁴¹. On l'a vu, cette incapacité du législateur à prévoir tous les cas de figure a été soulignée par des auteurs aussi différents qu'Aristote, saint Thomas, Montaigne, Rousseau, Portalis, Jellinek, Gény, Kantorowicz, Demogue, Frank, Hart ou Hayek¹³⁴². Si elle paraît aujourd'hui relever de l'évidence, le paradigme de la certitude avait néanmoins espéré la dépasser, alimentant les espoirs à l'origine des postulats de complétude et de cohérence du système juridique et des entreprises de codification, à l'image de Justinien

¹³³⁹ Dans les années 1950, l'économiste H. Simon a introduit cette expression de « rationalité limitée » (*bounded rationality*) pour attirer l'attention sur le fossé séparant la rationalité humaine parfaite, postulée par les théories économiques classiques, et la réalité du comportement humain observée dans la vie économique (A. MUNRO, *Bounded Rationality and Public Policy. A Perspective from Behavioural Economics*, coll. « The Economics of Non-Market Goods and Resources », I. J. Bateman (ed.) Springer, 2009, p. 1). Selon H. Simon, les ressources cognitives des êtres humains sont limitées et doivent donc être utilisées de façon rationnée. Le raisonnement humain se caractérise par une méthode de recherche sélective parmi de larges possibilités, qui fait appel notamment à l'intuition et se contente le plus souvent de solutions satisfaisantes, bien que non optimales (« Introductory Comment », in *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*, H. Simon, M. Egidi, R. Marris et R. Viale, Edward Elgard Publishing Ltd, 1995, p. 3-4).

¹³⁴⁰ A.J. HIRSCH, « Cognitive jurisprudence », *S. Cal. L. Rev.*, 2002-2003, p. 605-612 et les réf. citées. Sur les phénomènes de *path dependence* et d'incrémentalisme, voy. *infra* n° 333.

¹³⁴¹ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 141-144. Dans le même sens, voy. J. LENOBLE, « La question de l'application en droit... », *op. cit.*, p. 324.

¹³⁴² Voy. *supra*, deuxième partie.

qui espérait réunir tout le droit dans un code qui formerait « comme un mur de clôture au delà duquel il n'y aura plus rien à chercher¹³⁴³ ». Il n'est guère surprenant que ce soit chez un des plus grands représentants du modèle scientifique du XVII^e siècle qu'on retrouve les premières tentatives de réduction du langage naturel à un langage mathématique absolument certain. L'échec de Leibniz n'empêcha pourtant pas Frege, Russell et Wittgenstein d'essayer de reconstruire le langage à l'aide de propositions logiques¹³⁴⁴. Là aussi, cependant, la réalité eut raison du fantasme humain de maîtrise de son environnement, confirmant le caractère indéterminé du langage, déjà perçu par Hobbes, Madison voire les juristes romains et les sceptiques grecs¹³⁴⁵. Le « second » Wittgenstein décida de s'intéresser plutôt à l'usage du langage et les écrits de Russell inspireront, vraisemblablement, la notion de « texture ouverte » popularisée par Hart et son exemple célèbre du panneau qui interdit les véhicules dans un parc. S'il est évident que le mot « véhicule » contient un noyau de certitude (il s'applique aux voitures), il est également entouré d'une zone de pénombre, qui requiert de connaître le contexte ou l'intention de l'auteur de la règle énoncée (qu'en est-il de la bicyclette ou du jouet pour enfant ?)¹³⁴⁶. Il convient toutefois de distinguer le caractère vague d'un terme de son ambiguïté. Un terme est vague, et donc a une texture ouverte, s'il existe des cas limites pour son

¹³⁴³ Voy. *supra*, n° 167. Sur les postulats de complétude et de cohérence, voy. *infra*, n° 325.

¹³⁴⁴ Voy. *supra*, n° 245.

¹³⁴⁵ Th. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, p. 157 (« For the significations of almost all words are either in themselves, or in the metaphorical use of them, ambiguous; and may be drawn in argument to make many senses... »); *The Federalist Papers*, art N° 37 (J. Madison) (« Besides the obscurity arising from the complexity of objects, and the imperfection of the human faculties, the medium through which the conceptions of men are conveyed to each other adds a fresh embarrassment[...]. But no language is so copious as to supply words and phrases for every complex idea, or so correct as not to include many equivocally denoting different ideas »). Selon B. FRYDMAN, l'argument de l'ambiguïté du langage naturel pour établir l'équivoque du texte légal remonte au moins à la rhétorique romaine (*Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 58-59). A en croire le sceptique SEXTUS EMPIRICUS, Gorgias de Léontium aurait déjà affirmé que l'être échappe au langage : « C'est par la parole que nous désignons les objets, mais la parole n'est ni les substances, ni les êtres. Donc ce ne sont pas les êtres que nous communiquons à l'interlocuteur, mais un discours qui diffère des substances » (*Contre les logiciens*, I, 84, *op. cit.*, p. 22).

¹³⁴⁶ Il est difficile de ne pas évoquer l'arrêt de la Cour du 23 mars 2005, *Marselisborg Lystbådehavn* (C-428/02), où elle devait décider si la notion de « véhicules » reprise dans une directive englobait les bateaux.

application mais il n'est ambigu que s'il comporte au moins deux significations¹³⁴⁷. Le caractère vague d'une expression renvoie au fameux paradoxe sorite dans lequel il s'agit de déterminer combien de grains sont nécessaires pour former un tas de sable, ou combien de cheveux un homme doit perdre avant de devenir chauve¹³⁴⁸.

313. — Le langage juridique n'est pas à l'abri des difficultés suscitées par le langage naturel et il est, en outre, confronté à des problèmes spécifiques¹³⁴⁹. Si un terme juridique se voit reconnaître le même sens que dans le langage naturel, il souffre de l'indétermination de ce

¹³⁴⁷ A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, op. cit., p. 31; 38 et 54. Fr. SCHAUER reprochait à Hart d'avoir assimilé les termes « *open texture* » et « *vagueness* », la texture ouverte visant l'inéliminable potentiel d'indétermination (*vagueness*) entourant même le terme le plus clair (« A critical guide to vehicles in the park », op. cit., p. 1126; voy. aussi M. IGLESIAS VILA, *Facing Judicial Discretion*, op. cit., p. 14-21). La définition d'Endicott, que nous reprenons à notre compte dans le texte, tente de dépasser cette distinction. Le problème – ou l'ironie – est qu'il n'existe pas de traduction parfaitement satisfaisante du mot « *vagueness* », qu'on peut rendre, à défaut de mieux, par « indétermination ». Sur la teneur indécise du langage, tant en compréhension (la polysémie est la règle et non l'exception) qu'en extension (la texture ouverte du langage), voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 396-398; J. BARNES, « Sources of doubt and the quest for legal certainty », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 2, p. 146 et les réf. citées; E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, op. cit., p. 125-126; A. AARNIO, « Introduction », in A. PECZENIK, *On Law and Reason*, op. cit., p. 3; J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale L.J.*, 1972, p. 846; F. HAID, *Les « notions indéterminées » dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, thèse défendue à l'université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III le 13 décembre 2005, p. 16.

¹³⁴⁸ Le terme grec « *soros* » signifie « tas ».

¹³⁴⁹ E. PAUNIO et S. LINDROOS-HOVINHEIMO, « Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law », *E.L.J.*, 2010, p. 396; P. AMSELEK, « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », op. cit., p. 63-66. Selon Endicott, le fait que le droit soit nécessairement vague ne signifie pas qu'il est « radicalement » indéterminé. Tel est le cas lorsqu'une situation ne connaît pas une seule bonne réponse en droit. Il y a indétermination linguistique lorsque le manque de clarté d'une expression peut mener à l'indétermination juridique. A titre d'exemple d'expression vague, il cite le « délai raisonnable ». Si on considère que telle personne a été jugée dans un délai raisonnable, et qu'on décide ensuite de juger d'autres personnes un jour après l'autre, à partir de quel moment va-t-on considérer que le délai n'est plus raisonnable? (*Vagueness in Law*, op. cit., p. 2-10, 29, 33, 74, 188 et 190). Voy. également les concl. de l'avocat général Lagrange dans l'aff. 14/61, Hoogovens, *Rec.* p. 539 (« L'appel à la notion de "délai raisonnable" laisse planer une incertitude, une sorte d'épée de Damoclès, aussi bien sur l'éventualité d'une contestation ultérieure que sur l'appréciation future du juge quant à l'évaluation de ce délai raisonnable »).

dernier¹³⁵⁰. En outre, il peut arriver qu'en cas de doute, le juge s'écarte d'une telle interprétation afin d'éviter des résultats jugés absurdes ou inéquitables¹³⁵¹. S'il lui est attribué un sens différent, il est possible, par l'ajout d'une définition, de diminuer la part d'incertitude du langage commun. Le risque réside alors dans l'opacité du sens juridique pour le non juriste, qui aura tendance à comprendre le terme dans le sens qui lui est habituellement associé. Quoi qu'il en soit, on imagine sans peine la difficulté exponentielle que peut poser une règle de droit, susceptible de comporter plusieurs termes vagues¹³⁵². Ce caractère du langage, qui appelle nécessairement une interprétation, interroge donc la capacité du droit à déterminer à l'avance son application et donc à contraindre ses interprètes¹³⁵³.

314. — En outre, le débat politique et démocratique entraîne inévitablement des compromis plus ou moins réussis qui apparentent le législateur unique à l'Hydre de Lerne. Dans certains cas, l'obscurité ou le caractère vague d'une formule adoptée est donc délibéré ou, à tout le moins, s'avère des plus commodes dès lors qu'il permet de masquer une absence d'accord entre les participants au processus législatif¹³⁵⁴. C. Sunstein théorise ce phénomène à l'aide de la notion de « *incompletely theorized agreement* » (ITA). Selon lui, il est fréquent en droit d'avoir un accord sur un principe qui n'est pas complètement théorisé, sans avoir un consensus sur la théorie générale dont il dérive ou sur ce qu'il implique dans les cas particuliers. Le philosophe du droit américain souligne les avantages de cette méthode, souvent inévitable, qui

¹³⁵⁰ Selon F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, les termes du langage naturel ne conservent pas leur sens usuel lorsqu'ils sont intégrés dans un texte juridique mais acquièrent une signification nouvelle qui résulte de leur place dans l'ordonnement juridique (*Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 138-139).

¹³⁵¹ F. SCHAUER, « A critical guide to vehicles in the park », op. cit., p. 1123. Voy. l'exemple de l'arrêt *Sturgeon*, infra, n° 355.

¹³⁵² C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, op. cit., p. 122; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, op. cit., p. 141-145. Il est vrai que le contexte de la règle peut être source de détermination.

¹³⁵³ L.B. SOLUM, « Indeterminacy », op. cit., p. 488 (« The indeterminacy debate is about the claim that the law does not constrain judicial decisions »). Tel était, on s'en rappelle, un des arguments principaux du courant *Critical Legal Studies*, axé il est vrai sur le caractère politique de l'indétermination du droit (voy. *supra*, n° 283). Dans le même sens, P. Moor considère que l'« indétermination est consubstantielle aux textes normatifs » (*Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 83).

¹³⁵⁴ J. BARNES, « Sources of doubt and the quest for legal certainty », op. cit., p. 139.

remplit la fonction cruciale de réduire le coût politique de désaccords durables, particulièrement dans un monde où règne un dissensus social sur les enjeux fondamentaux¹³⁵⁵. Il n'en demeure pas moins qu'elle alourdit le réquisitoire contre la prétention du droit à prédéterminer les conséquences juridiques des actes posés par les sujets de droit.

B. Intentio lectoris : l'ambigu statut du lecteur

315. — L'*intentio lectoris* met l'accent sur l'impact du lecteur et, plus précisément de l'interprète, sur le sens d'un texte. Cet impact a été magistralement mis en évidence par Hans Georg Gadamer dans *Vérité et méthode*, qu'il publie en 1960. Selon lui, l'interprétation n'est « pas un acte qui s'ajoute après coup et occasionnellement à la compréhension : comprendre, c'est toujours interpréter¹³⁵⁶ ». Tout interprète d'un texte l'approche en étant « guidé par l'attente d'un sens déterminé » et une « anticipation de la perfection » du texte. Cette anticipation du sens, qu'il appelle « précompréhension » (« *Vorverständnis* »), n'est pas un acte purement subjectif mais se détermine à partir d'une tradition, de préjugés et de préconceptions dont certains facilitent la compréhension du texte et d'autres y font obstacle¹³⁵⁷. Sur cette base, l'interprète réalise une première ébauche de sens, qui sera révisée au fur et à mesure et concrétisera sa participation à l'élaboration sémantique. Pour le philosophe allemand, la « compréhension est une attitude non pas uniquement reproductive, mais aussi et toujours productive¹³⁵⁸ ». La notion de précompréhension de l'interprète vise, pour reprendre la terminologie d'Eco, d'une part ses « systèmes de signification » et,

¹³⁵⁵ C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, op. cit., p. 4, 35-41. Par exemple, le principe de non-discrimination sur la race peut faire consensus, en l'absence d'un accord sur une théorie générale de l'égalité ou sur une décision du gouvernement de séparer les groupes raciaux dans les prisons où les tensions sont importantes. Il est vrai que la théorie de Sunstein s'applique surtout à la fonction de juger mais les développements qui précèdent sont transposables à l'œuvre législative.

¹³⁵⁶ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, op. cit., p. 329.

¹³⁵⁷ Dans le cas de l'herméneutique juridique, cette appartenance à la tradition n'est pas « une condition restrictive pour la compréhension mais [...] une condition qui la rend possible » (*ibid.*, p. 351).

¹³⁵⁸ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, op. cit., p. 287-288 et 315-318.

d'autre part ses « propres désirs, pulsions, volontés¹³⁵⁹ ». Appliquée à la démarche juridictionnelle, cette distinction demande à être affinée et suggère de différencier les « lecteurs » officiels du texte à interpréter (1) de ceux qui sont impliqués ou simplement intéressés par cette lecture (2)¹³⁶⁰. Chaque lecteur participera à sa façon à la production normative, disputant d'autant le monopole attribué au législateur par la pensée juridique issue des lumières.

1. Les lecteurs officiels

316. — Selon le juriste suisse P. Moor, la norme générale « est bien plus » que le texte de droit écrit. Elle est constituée par « l'ensemble des textes produits à partir de ce texte premier », dans une logique de circulation constante à l'intérieur de la norme qui « implique l'autonomisation des textes par rapport à l'objectivité de leur auteur ». Selon lui, « il n'existe pas de norme en dehors de son application¹³⁶¹ ». La dimension textuelle du droit a pour corollaire la nécessité d'établir un « statut de la lecture » afin de déterminer une lecture « officielle », à savoir celle du juge, qui a le monopole de la production normative¹³⁶². Si la lecture « commune » est indispensable pour que le droit serve comme instrument de régulation, elle ne produit pas la norme mais constitue tout au plus une « anticipation de la lecture habilitée », qui est « plus ou moins assurée selon la densité normative des textes de référence¹³⁶³ ». Si cette position est sans doute trop radicale, en ce qu'elle nie toute force normative à la

¹³⁵⁹ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, op. cit., p. 30.

¹³⁶⁰ Dans le même sens, G. TIMSIT considère que le récepteur de la norme participe à son sens en le codéterminant. Il y aura codétermination « partout où il y a indétermination » et la « détermination complète, absolue, intégrale n'est [...] jamais concevable » (*Les noms de la loi*, op. cit., p. 48 et 111-112). Sur la coopération du lecteur à la construction du sens, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, op. cit., p. 398. Pour la théorie structurante du droit et P. Moor, ce n'est pas seulement le sens mais la juridicité qui dépend des interprètes de la norme (voy. *supra*, n° 285).

¹³⁶¹ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 169-190.

¹³⁶² Il retient une conception très large du « juge », à savoir « toute personne investie, dans et par un système de textes normatifs soustraits à son pouvoir, de la fonction exclusive (ou mieux : compétence) de produire des normes individuelles au moyen de ces textes normatifs » (*ibid.*, p. 202). Il existe donc une « dimension de liberté inhérente à tout acte de juridiction », dont jouit toute instance étatique dotée d'un pouvoir et qu'il qualifie de « micropolitique » (*ibid.*, p. 25 et 53).

¹³⁶³ *Ibidem*, p. 194-201.

règle avant son application¹³⁶⁴, elle a le mérite de mettre en lumière le statut de « lecteur officiel » des juges, et leur participation à la production normative. Cette contribution, qui hypothèque largement le modèle juridictionnel défendu par Montesquieu et Beccaria, se marque tant au niveau des systèmes de signification du juge et de leur subjectivité (a), qu'au niveau de l'interprétation (b).

a) Les systèmes de signification et la subjectivité

317. — La pré-compréhension du juge est largement orientée par l'ensemble des « systèmes de signification » de son ordre juridique, conçu comme un « tout organique¹³⁶⁵ ». Il s'agit du droit positif en vigueur, compris au sens le plus large, mais également de l'ensemble des idées, valeurs ou croyances qui constituent une tradition ou une culture juridique¹³⁶⁶. Or, ces systèmes de signification ne sont pas nécessairement partagés par les juges d'un même ordre juridique. La notion d'*ITA* de Sunstein revient ainsi au niveau des juridictions collégiales. Selon lui, ce type d'accord est adapté à une société pluraliste dès lors qu'il permet aux juges, qui disposent de ressources matérielles limitées et d'un délai qui doit rester raisonnable, de prendre rapidement une décision qui est plus facilement acceptable dès lors qu'elle ne se situe pas sur le plan des théories générales et des grandes options philosophiques¹³⁶⁷.

318. — Outre les systèmes de signification du juge, ses « propres désirs, pulsions, volontés », pour reprendre l'expression d'Eco, sont susceptibles d'intervenir. Sans dramatiser la question de la subjectivité des

¹³⁶⁴ Et ce, alors que P. Moor développe la notion de densité normative en tant qu'elle « mesure l'intensité du programme normatif » et proportionnellement, la liberté de celui qui décide la norme individuelle, et inversement » (*ibid.*, p. 204).

¹³⁶⁵ Nous reprenons ces expressions à U. ECO, selon lequel l'ensemble du texte doit être « pris comme un tout organique » (*Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 41). L'écrivain italien illustre la notion de système de signification comme suit : « Un système d'instructions qui fait correspondre « fleur rouge », comme interprétant correct, à l'expression *rose* » (*ibid.*, p. 239). Le juge est généralement guidé par les postulats de complétude et de cohérence du système juridique et par rapport auxquels « la rationalité de la décision juridictionnelle est censée garantie dans l'état actuel de nos institutions » (Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 253). Sur ces postulats, voy. *infra*, n° 325.

¹³⁶⁶ Voy. notamment la notion de surdétermination de G. Timsit (*supra*, note 1345).

¹³⁶⁷ C.R. SUNSTEIN, *Legal reasoning and political conflict*, *op. cit.*, p. 41-42. Sur cette notion, voy. *supra* n° 314.

juges¹³⁶⁸, on aurait tort de minimiser les mises en garde de Montesquieu et Beccaria¹³⁶⁹, largement adoptées et développées par les réalistes américains¹³⁷⁰. Malgré les positions souvent extrêmes de ces derniers, il faut leur reconnaître le mérite d'avoir attiré l'attention sur ce sujet complexe et sensible, d'autant que plusieurs d'entre eux étaient des magistrats de haut niveau, ce qui donne un relief particulier à leur description du processus juridictionnel¹³⁷¹. A défaut de pouvoir être objectivé, quantifié et déterminé *a priori*, l'impact sur une décision des systèmes de signification des juges ou de leur personnalité est de nature à introduire un élément d'imprévisibilité dans le processus juridictionnel¹³⁷², difficilement compatible avec la logique cartésienne de la sécurité juridique. Les contraintes de la rationalité limitée mises en lumière dans le cadre de l'intervention du législateur n'affectent pas moins les juges et contribuent à l'incertitude juridictionnelle. Le phénomène de *task interference* peut ainsi amener une juridiction à donner la priorité aux cas les plus importants, les plus intéressants ou les plus sensibles, ce qui peut entraîner une différence de qualité entre les décisions ou, au sein même d'une décision, entre les différentes questions abordées¹³⁷³.

b) Les voies complexes de l'interprétation

319. — S'il existe une grande diversité des directives méthodologiques d'interprétation¹³⁷⁴, la doctrine distingue, classiquement, quatre méthodes

¹³⁶⁸ Voy. *infra*, n^{os} 426-430.

¹³⁶⁹ Voy. *supra*, n^{os} 210-211.

¹³⁷⁰ Voy. *supra*, n^{os} 260-265.

¹³⁷¹ Tel était le cas de leur précurseur, Holmes, mais également de Cardozo et de Frank. Il est vrai que l'ouvrage très radical de Frank fut rédigé avant qu'il ne devienne juge.

¹³⁷² H.J.M. BOUKEMA, *Judging*, *op. cit.*, p. 30. Selon Perelman, « Tout système de droit comporte assez d'éléments d'incertitude, donne au juge assez de liberté, et dépend tellement de la conviction intime du juge en ce qui concerne l'établissement des faits, que la personnalité du juge joue toujours un rôle, parfois limité, mais parfois décisif, dans le déroulement du procès et dans son issue » (« Raisonnement juridique et logique juridique », *A.P.D.*, 1966, t. 11, p. 3).

¹³⁷³ A.J. HIRSCH, « Cognitive jurisprudence », *op. cit.*, p. 606 et 610-620. Cette incapacité à traiter toutes les questions de la même façon expliquerait la distinction de *Common law* entre *dictum* et *precedent* (« Courts focus their attention on the central matter of the dispute at-hand and pay less mind to issues potentially raised by other facts [...] dicta should not bind, because it provides less reliable analysis » (*ibid.*, p. 620).

¹³⁷⁴ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 11 et p. 35-75 (pour un inventaire

principales : littérale-grammaticale, historique, systématique, et téléologique¹³⁷⁵. Le problème, en termes de prévisibilité du droit, réside dans le fait qu'il n'existe pas de consensus sur un ordre de préférence entre ces méthodes¹³⁷⁶. On se souviendra de la célèbre phrase du juge Learned Hands qui, après avoir reconnu l'importance d'une approche littérale de l'interprétation, précisa qu'un des signes les plus sûrs d'une jurisprudence mature et développée consistait à ne pas faire une forteresse d'un dictionnaire, précisant que les lois poursuivent toujours un objectif qu'il convient de découvrir¹³⁷⁷. Plus largement, la question de l'interprétation emporte la nécessité d'interroger les prétentions cartésiennes du syllogisme judiciaire. Celui-ci postule une majeure constituée par la règle de droit applicable, qui requiert une interprétation si elle n'est pas suffisamment claire, une mineure composée des faits pertinents de la cause et une conclusion, qui dérive logiquement de la subsumption, réussie ou non, des faits sous la règle de droit¹³⁷⁸. Le problème est que

détaillé). Voy. également la tentative de synthèse proposée par B. FRYDMAN (*Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 593-598).

¹³⁷⁵ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 171 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 593-594 et les réf. citées ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *op. cit.*, p. 172). N. MacCormick distingue trois catégories d'arguments interprétatifs (linguistiques, téléologiques, et systémiques) mais inclut les arguments historiques dans sa dernière catégorie (« Argumentation et interprétation en droit », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Bruxelles-Aix-Marseille, 1995, p. 219-223). Pour un excellent historique des modèles d'interprétation, voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*

¹³⁷⁶ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 171 ; C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *op. cit.*, p. 33 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 419 ; R. ALEX, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. R. Adler et N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 3.

¹³⁷⁷ Cabell v. Markham, Allen Property Custodian, e.a. n° 279, Second Circuit Court of Appeals, 148 F.2d 737 (1945) : « Of course it is true that the words used, even in their literal sense, are the primary, and ordinarily the most reliable, source of interpreting the meaning of any writing [...]. But it is one of the surest indexes of a mature and developed jurisprudence not to make a fortress out of the dictionary ; but to remember that statutes always have some purpose or object to accomplish, whose sympathetic and imaginative discovery is the surest guide to their meaning. »

¹³⁷⁸ Sur la question, voy. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 387-388 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 163-165.

la certitude promise par ce modèle n'a d'égale que l'incertitude du processus décisionnel¹³⁷⁹.

320. — La sélection de la *majeure* implique, sauf à passer en revue toutes les règles de droit existantes, une certaine appréciation des faits, pourtant censés se cantonner dans la mineure¹³⁸⁰. Le pluralisme juridique, l'apparition des principes généraux, l'explosion des droits subjectifs¹³⁸¹, contribuent à l'inflation – voire à l'entropie¹³⁸² – et à l'instabilité normatives, et viennent singulièrement compliquer l'identification correcte du complexe juridique applicable. En outre, n'en déplaise à Voltaire pour qui interpréter une loi, « c'est presque toujours la corrompre¹³⁸³ », il faut admettre avec Hobbes que « toutes les lois, écrites ou non écrites, requièrent une interprétation¹³⁸⁴ ». L'herméneutique et les théories du langage ont montré les limites de l'« acte clair » ou du « sens clair », la reconnaissance de la clarté d'un texte signifiant simplement qu'il n'a pas fait l'objet d'interprétations divergentes¹³⁸⁵.

¹³⁷⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 389 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 21 ; Fr. MÜLLER, « Travail de texte, travail de droit... », *op. cit.*, p. 25.

¹³⁸⁰ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966, p. 72.

¹³⁸¹ J. VAN COMPERNOLLE évoque « l'éclatement des droits subjectifs » (« Conclusion. Le rôle du juge dans la cité... », *op. cit.*, p. 157). Selon O. De Schutter, « l'indétermination des droits subjectifs est à la mesure de l'extension qu'ils ont prise » (*Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 29).

¹³⁸² J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'État de droit », *op. cit.*, p. 1229.

¹³⁸³ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Mesnard et Desenne, Paris, 1827, v^o Lois civiles et ecclésiastiques.

¹³⁸⁴ Th. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, p. 154 (trad. libre : « All laws, written and unwritten, have need of Interpretation »). Dans le même sens, Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 665-667 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 453.

¹³⁸⁵ Ch. PERELMAN, « Ordre juridique et consensus », *op. cit.*, p. 133 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 165 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 416 ; L. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, *op. cit.*, p. 159 ; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 70 ; J. ENGBERG, « Statutory Texts as Instances of Language(s) : Consequences and limitations on Interpretation », *Brook. J. Int'l L.*, 2004, p. 1165. Pourtant, comme le relève B. FRYDMAN, « L'image de la loi claire et univoque [...] continue d'imprégner les conceptions naïves du droit et de la justice, mais aussi les discours juridiques et jusqu'aux motivations des juges, quand bien même ils ne s'en serviraient que comme d'un alibi commode » (*Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 670-671).

La construction de la *mineure* s'opère à partir des faits de la cause. Or, dès le moment où un fait surgit, la certitude logique et objective est compromise. En effet, une situation factuelle ne peut être appréhendée qu'à travers une perception et une sélection, par essence subjectives¹³⁸⁶. Certes, le principe de la contradiction doit permettre au juge d'obtenir une image aussi proche de la réalité que possible mais celle-ci n'est jamais entièrement garantie. En définitive, la sélection des faits pertinents s'avère étroitement connectée au complexe juridique qui aura vocation à s'appliquer, ainsi qu'aux conséquences juridiques susceptibles d'être attachées à la conclusion du syllogisme¹³⁸⁷. Ces rapports complexes entre le droit et le fait, la norme et son contexte d'application, invalident nécessairement le caractère logique de la *conclusion* que le syllogisme est censé permettre à partir des prémisses factuelles et juridiques, par un mécanisme de simple subsumption¹³⁸⁸. Celle-ci, qui peut être définie comme l'introduction sous une catégorie générale du cas d'espèce qui s'y rattache, mobilise une relation logique de « pure verticalité » et ne fait pas justice à la dimension horizontale de l'opération de qualification telle qu'elle est pratiquée par un juge, dans un certain contexte temporel, culturel et axiologique¹³⁸⁹.

321. — Afin de rendre compte de cette démarche complexe, Alain PAPAUX propose le mécanisme de l'« abduction », qui est une forme

¹³⁸⁶ E.W. THOMAS, *The Judicial Process, Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, C.U.P., 2005, p. 122 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 141. Fr. RIGAUX souligne l'ambiguïté de l'expression selon laquelle « le juge constate le fait » : « Il ne s'agit pas de constatation mais de *décision*, et comme le jugement du fait est souvent exprimé dans les termes mêmes de sa qualification légale, la décision sur le fait emporte de manière presque automatique la solution en droit » (*La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 82).

¹³⁸⁷ Sur la « profonde unité du fait et du droit dans le raisonnement judiciaire », voy. F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, « Le juge entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 477-478 ; M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 75 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 80.

¹³⁸⁸ Ce qu'avait déjà relevé R. STAMMLER : « The subsumption of a particular case under the general rule of the technically formed law is subject to unavoidable difficulties and can scarcely be accomplished in a convincing manner » (*The Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 198).

¹³⁸⁹ A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 478-480. Fr. RIGAUX relevait, pour sa part, que, contrairement à ce qui était traditionnellement enseigné, la qualification n'est pas un « passage du concret

de raisonnement analogique qui s'impose lorsqu'il s'agit de passer du connu à l'inconnu et qui procède « à la fois de l'induction et de la déduction : circonscrite fort synthétiquement, elle représente une induction sous hypothèse (dimension légale, catégorielle) dans une logique essai/erreur (*trial and error*)¹³⁹⁰ ». Alors que la subsomption vise à repérer des *identités de structure* permettant de faire rentrer un cas particulier dans une catégorie générale sans l'altérer (la sole est un poisson), l'abduction exprime une vision dynamique du monde et recherche une *analogie de fonctions*, se focalisant davantage sur des relations plutôt que sur des pôles (la nageoire est au poisson ce que l'aile est à l'oiseau). Dans la logique de la subsomption, le type, la catégorie, reste imperméable aux cas particuliers alors que, dans la logique de l'abduction, chaque occurrence nouvelle modifie le type auquel elle est rattachée¹³⁹¹. L'abduction sera dite « *hypercodée* » lorsque l'occurrence est proche du noyau de la catégorie légale et « *hypocodée* » si ce n'est pas le cas, ce qui aura un impact sur la « *prévisibilité inférentielle* » de la norme¹³⁹². De même, l'opération de qualification n'est pas neutre en ce qui concerne le complexe factuel qu'elle mobilise. Comme le relève O. Jouanjan, « au moment même où l'on nomme la chose, on la norme » dès lors qu'on en tire la conséquence en droit¹³⁹³. Au-delà des problèmes spécifiques de la qualification, c'est l'ensemble de la fonction de juger qui semble s'écarter du prescrit de Montesquieu, comme

à l'abstrait », mais consiste à « comparer un donné conceptuel, appelé fait, au contenu de l'hypothèse légale » (*La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 233).

¹³⁹⁰ A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique, op. cit.*, p. 159. Selon ECO, l'abduction est l'« adoption provisoire d'une inférence explicative devant être soumise à vérification expérimentale et qui vise à trouver également, en même temps que le cas, la règle » (*Les limites de l'interprétation, op. cit.*, p. 262).

¹³⁹¹ A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique, op. cit.*, p. 473 et 508. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE évoquent la rétroaction de l'application/interprétation sur le texte (*De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 389). Voy. également les positions plus radicales de la *Théorie structurante du droit* (*supra*, n° 285).

¹³⁹² A. PAPAUX, « Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle », *op. cit.*, p. 54-55. Selon lui, « (a)dmettre la rétroaction des cas sur la loi en provoque la perte de prévisibilité et donc de sécurité juridique (au sens formel) elle-même » (*ibid.*, p. 39).

¹³⁹³ O. JOUANJAN, « Nommer/Normer... », *op. cit.*, p. 44. Le juge est appelé « tant à juridiciser le fait, en le déclarant juridiquement établi et en le qualifiant, qu'à factueliser le droit, en assurant son application effective » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le juge entre ordre et désordre », *op. cit.*, p. 470).

en témoigne le succès du modèle de la balance d'intérêts et de son subtil mécanisme, la proportionnalité¹³⁹⁴.

322. — Tant le choix de la méthode d'interprétation que l'opération d'application de la norme au cas d'espèce est donc de nature à en rendre la solution inattendue. Tout texte étant « toujours la somme de sa propre manifestation linéaire et des interprétations qui en ont été données¹³⁹⁵ », chaque moment d'interprétation est susceptible d'influer le sens d'un texte donné, compliquant en proportion la possibilité pour ses destinataires d'en maîtriser la signification. Kelsen nous invitait déjà à nous débarrasser de la fiction à laquelle recourt la science du droit « traditionnelle » pour « maintenir l'idéal de la sécurité juridique », selon laquelle « une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie"¹³⁹⁶ ». Tous ces éléments mettent en outre en évidence le fait que l'interprétation n'est pas neutre, mais qu'elle véhicule une certaine idéologie¹³⁹⁷ ou, à tout le moins, exprime des orientations axiologiques. Dès lors que le sens d'un acte juridique est codéterminé par son interprète officiel et que ce dernier est chargé de son application au cas d'espèce, il devient difficile de contester le pouvoir normatif du juge¹³⁹⁸, reconnu de longue date

¹³⁹⁴ Il y a vingt ans déjà, J. Van Compernelle pointait cette évolution de la fonction de juger (« Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la balance des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495-506).

¹³⁹⁵ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, op. cit., p. 43. Dans le même sens, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE relèvent que « la textualité juridique [...] est à la fois écrite et lue, produite et interprétée tant par ses auteurs que par ses lecteurs » (*De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 399).

¹³⁹⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 342.

¹³⁹⁷ Selon la terminologie de J. WROBLEWSKI, qui estime que l'idéologie est nécessaire pour l'interprétation juridique dès lors que chaque activité humaine servant la réalisation de quelque but demande la formulation de ces buts comme valeurs mais aussi parce que « les évaluations jouent un rôle important dans cette activité ». Selon lui, l'idéologie de l'interprétation juridique « a pour but de diriger l'activité interprétative suivant les valeurs ou idéaux à réaliser », qu'il regroupe entre deux valeurs extrêmes, la sécurité juridique et la « satisfaction actuelle des besoins de la vie » (« L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, p. 63-65).

¹³⁹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 80 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », op. cit., p. 275 et les réf. citées ; F. OST, « L'heure du jugement – Sur la rétroactivité des décisions de justice – Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in *Temps et – droit – Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, F. Ost et M. Van Hoecke (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 94 ; F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 150-151. Évoquant

dans les pays de *common law*¹³⁹⁹. La jurisprudence apparaît donc, sauf dans le cas du *prospective overruling*¹⁴⁰⁰, nécessairement rétroactive¹⁴⁰¹ et donc potentiellement imprévisible¹⁴⁰².

2. Les lecteurs impliqués ou intéressés

323. — En détournant quelque peu les propos ornithologiques du logicien Hempel, on pourrait dire que l'interprétation juridictionnelle n'est pas – ou plus – une discipline qui (ne) doit s'exercer (qu') « en chambre » mais qu'elle implique la contribution de la communauté des

Montesquieu, Fr. MÜLLER estime que « les limites inhérentes à la langue naturelle empêchent la justice d'être « en quelque façon nulle » » (« Travail de texte, travail de droit... » *op. cit.*, p. 27). *Contra*, voy. J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 67 ; F. HEUZÉ, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *La semaine juridique*, 2005, p. 672.

¹³⁹⁹ C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 35 : « Judicial lawmaking in America is a recognized fact [...]. Any attempt to describe modern United States Judicial decision-making in strictly mechanistic terms such as « finding » or « discovering » or « applying » a pre-existent law, or to deny a creative element in the judicial process is futile and unrealistic. »

¹⁴⁰⁰ Voy. *infra*, n° 329.

¹⁴⁰¹ Voy. déjà J. C. GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, *op. cit.*, 63 (« Courts are constantly making *ex post facto* Law »). L. Juillot de la Morandière écrivait, en 1910 : « Rien ne ressemble plus à la rétroactivité que l'interprétation » (*De la règle nulla poene sine lege*, Paris, Sirey, 1910, p. 59). Sur le caractère rétroactif de l'interprétation, voy. A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 265-270 et 297 ; P. DELNOY, « Sécurité juridique et rédaction des textes », in *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 152 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 680 ; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Orwell à la Cour de cassation », obs. sous Cass. franç. (1^{ère} ch. civ.), 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 688 ; J. SIMON, « Rétroactivité de la jurisprudence : sécurité juridique contre évolution du droit vers la fin d'une hypocrisie ? », in X., *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1016 ; M. TROPER, « Le concept d'État de droit », *op. cit.*, p. 61 ; J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *A.J.D.A.*, 1968, p. 15-16 ; F. OST, « L'heure du jugement... », *op. cit.*, p. 94 ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 87 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 335-339.

¹⁴⁰² Sans compter les problèmes d'accessibilité du droit jurisprudentiel (sur la question, voy. A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 90 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 244-250. Selon A. HERVIEU, l'« insécurité de la règle jurisprudentielle est surtout liée à sa variabilité et à son indéterminabilité » (« Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 316).

juristes et des parties au litige¹⁴⁰³. Ces dernières vont inévitablement mettre en avant des interprétations divergentes qui viendront en soutien de leur prétention, mettant de la sorte en lumière la fonction argumentative des méthodes d'interprétation¹⁴⁰⁴. Le modèle sociologique, qui conçoit la décision judiciaire comme un jugement de valeurs, mais également l'intérêt pour le langage ordinaire du second Wittgenstein et d'Austin, sont à l'origine du « tournant argumentatif » qu'emprunte une partie de la théorie du droit lors de la seconde moitié du XX^e siècle, et dont rendent compte des auteurs comme Dworkin et Perelman¹⁴⁰⁵. Ce dernier déplore que le modèle mathématique ait « faussé complètement l'idéal de rationalité ». Pronant un retour à Aristote, il rappelle que la raison a deux aspects, le rationnel et le raisonnable : « Le premier aspect concernant ce qu'il y a de contraignant, de démonstratif, le deuxième, concernant ce qu'il y a d'argumentatif et de non contraignant dans la raison » et qu'il souhaite restaurer, car raisonner, « ce n'est pas seulement déduire et calculer, c'est aussi délibérer et argumenter¹⁴⁰⁶ ». Ricœur observait pour sa part que l'interprétation « n'est pas extérieure à l'argumentation : elle en constitue l'*organon*¹⁴⁰⁷ ». Pour Neil MacCormick, l'argumentation pratique est une activité qui consiste à avancer des arguments qui sont autant de raisons d'agir ou de ne pas agir, d'avoir telle ou telle opinion sur ce qu'il est permis, obligatoire ou possible de faire. Il distingue l'argumentation pratique pure, qui mobilise des raisonnements téléologique et déontologique, et

¹⁴⁰³ Comme le relève P. MARTENS : « Le numérus clausus des interprètes est brisé : le citoyen devient un interprète et pour soumettre sa lecture du droit au juge, il se fait accompagner d'une cohorte de sociologues, politologues, économistes... » (« L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in *Le dialogue des juges*. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 par le Centre Perelman de philosophie du droit, coll. « Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice », Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 12).

¹⁴⁰⁴ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 592-593. Hobbes relevait déjà que l'ambiguïté des mots permet d'en tirer argument pour défendre de nombreuses significations juridiques (*Leviathan*, op. cit., p. 157).

¹⁴⁰⁵ B. FRYDMAN, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in *La qualité des décisions de justice*, C.E.P.E.J., Publications du Conseil de l'Europe, 2008, p. 22-23 et les réf. citées ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 535-536. Sur Dworkin, voy. *supra*, n° 275.

¹⁴⁰⁶ Ch. PERELMAN, *Ethique et droit*, Éditions de l'ULB, Bruxelles, 1990, p. 118-126.

¹⁴⁰⁷ P. RICŒUR, *Le Juste*, op. cit., p. 179. Sur les liens entre interprétation et argumentation, voy. *ibid.*, p. 164-184 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, op. cit., p. 421-424.

l'argumentation institutionnelle, qui repose sur des arguments d'autorité. Selon lui, l'interprétation est une « forme particulière d'argumentation pratique en droit, suivant laquelle on se prononce pour telle ou telle façon de comprendre des textes ou des documents de référence, qui vaut comme raison particulière de justifier les décisions de justice¹⁴⁰⁸ ». Inévitablement, et malgré les contraintes de l'argumentation, celle-ci comporte une dose d'incertitude liée au fait que, souvent, deux arguments solides sont en concurrence. Selon MacCormick, cette possibilité de contester toute interprétation juridique officielle, indispensable aux droits de la défense, participe à l'indétermination du droit¹⁴⁰⁹. Il y a fort à parier que les juges ne sont insensibles ni à ces arguments, auxquels ils doivent répondre dans leur motivation, ni au fait que leur interprétation puisse obtenir le « consentement éclairé de la communauté idéale des chercheurs »¹⁴¹⁰, dont le travail influencera en retour l'œuvre juridictionnelle¹⁴¹¹. S'il est légitime de se réjouir de cette dynamique argumentative, elle vient cependant s'ajouter au plaidoyer contre la prétention du droit de déterminer à l'avance l'issue d'une instance juridictionnelle.

C. *Intentio operis : le droit en contexte*

324. — « Le sens d'un texte dépasse son auteur, non pas occasionnellement, mais toujours¹⁴¹² ». C'est par ces mots que Gadamer exprime la capacité du texte à prendre distance de la volonté de son auteur¹⁴¹³. Se référant à saint Augustin, Eco définit l'*intentio operis* comme le fait qu'une « interprétation paraissant plausible à un moment donné du texte ne sera acceptée que si elle est confirmée – ou du moins si elle n'est pas remise en question – par un autre point du texte ». Il relate l'anecdote du défi lancé par Borges de lire un texte médiéval de Thomas à Kempis comme s'il avait été écrit par Céline, et constate que, même s'il est possible de rapporter certaines phrases à l'écrivain français, l'exercice ne peut s'appliquer à l'ensemble du texte. Même

¹⁴⁰⁸ N. MACCORMICK, « Argumentation et interprétation en droit », *op. cit.*, p. 213-217.

¹⁴⁰⁹ ID., « Rhetoric and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 165-174.

¹⁴¹⁰ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 592-593.

¹⁴¹¹ Sur la contribution doctrinale à la formation du droit, C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 83-88.

¹⁴¹² H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, *op. cit.*, p. 318.

¹⁴¹³ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 183.

référée à l'encyclopédie de l'Europe de l'entre-deux guerres, le « jeu ne durerait pas longtemps » alors que l'œuvre présente sa cohérence si ses catégories sont confrontées à l'aune de l'encyclopédie médiévale¹⁴¹⁴. L'*intentio operis* selon Eco vise donc clairement le contexte plus général d'énonciation de l'œuvre. En droit, cependant, ce contexte d'énonciation ne présente d'intérêt que dans le cadre d'une approche interprétative de type historique, généralement associée à la recherche de l'*intentio auctoris*¹⁴¹⁵. Or, la visée de l'œuvre (*opus*, *operis*) juridique que constitue la norme réside essentiellement dans son application, dans sa concrétisation pour reprendre les termes chers à la *Théorie structurante du droit*. Contrairement aux herméneutes littéraires, les praticiens du droit ne s'intéressent à la norme qu'en tant qu'elle a vocation à régir les situations juridiques qui se présentent à eux¹⁴¹⁶. Dans cette optique, deux contextes actuels sont pertinents pour déterminer le sens de la norme : le contexte général dans lequel s'inscrit le cas d'espèce (1), et le contexte particulier, qui s'attache à la configuration de ses circonstances propres (2). A nouveau, la croyance en la capacité d'une norme à prédéterminer mécaniquement son application lors de son édicton s'échoue sur l'écueil de la réalité juridictionnelle.

1. Le contexte général

325. — La contextualisation du sens d'un terme ou d'une règle s'effectue par leur réinscription dans le texte dans lequel ils s'insèrent, et plus généralement, dans le « tout organique » du système. Dans les ordres juridiques héritiers du jusnaturalisme et du juspositivisme, cette démarche postule, sur le plan descriptif, ou pose à titre d'idéal, dans le

¹⁴¹⁴ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, op. cit., p. 40.

¹⁴¹⁵ Ce qui pose la question de la légitimité démocratique du dépassement de la volonté du législateur élu.

¹⁴¹⁶ Sur l'importance pour les juristes de la distinction entre contexte historique d'énonciation et contexte actuel d'application, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 397. H. Gadamer reconnaît la spécificité de l'herméneutique juridique, qui est confrontée à un cas particulier et subit donc une tension entre le texte donné et le sens qu'il prend au moment de sa concrétisation dans la décision du juge, ce qui explique que l'interprétation et l'application ne constituent pas « deux actes séparés mais un processus unitaire ». Pour autant, estime-t-il, l'herméneutique juridique n'est pas un cas à part mais permet au contraire de « restituer à l'herméneutique historique son extension intégrale et à rétablir ainsi l'unité ancienne du problème herméneutique [...] » (*Vérité et Méthode*, op. cit., p. 330-332 et 347-352).

registre prescriptif, la complétude et la cohérence de l'ordre juridique¹⁴¹⁷. L'approche systémique soulève cependant le problème, respectivement des lacunes et des antinomies¹⁴¹⁸. La complétude d'un système peut se définir comme « le fait qu'un système ne contienne pas de "lacune" et puisse déterminer à l'aide de l'ensemble de ses éléments le statut juridique de tout fait quelconque¹⁴¹⁹ », la lacune étant « la forme spécifique de l'absence d'une proposition normative au sein d'un système normatif¹⁴²⁰ ». La notion de cohérence renvoie à l'absence de contradiction d'un système¹⁴²¹. Dans un système juridique, ces contradictions prennent le plus souvent la forme de directives incompatibles entre elles, plutôt que l'affirmation explicite d'une chose et de son contraire. En outre, des contradictions formelles peuvent parfois être levées par le biais de l'interprétation conciliante. Enfin, si la contradiction tend à invalider un système logique formel, l'antinomie juridique est résolue, le plus souvent, selon des règles de résolution de conflit¹⁴²².

326. — Ces deux postulats sont étroitement associés à l'exigence de sécurité juridique. La complétude tend à éviter que des situations

¹⁴¹⁷ Il s'agit encore d'un emprunt aux théories scientifiques (voy. *supra*, n° 202).

¹⁴¹⁸ F. OST et M. VAN DE KERCKHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 398. Ces auteurs relèvent que les lacunes et contradictions n'existent pas en elles-mêmes mais apparaissent seulement quand l'interprète n'a pas réussi ou voulu étendre le champ d'application de dispositions virtuellement applicables ou leur conciliation par aménagement des champs d'application respectifs (« Interprétation », *op. cit.*, p. 175).

¹⁴¹⁹ M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴²⁰ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 177. La volonté d'éviter des lacunes en droit se marque déjà en Angleterre, en 1584, lors de la consécration de la « *mischief rule* » d'interprétation. Cette règle requérait des juges de regarder, en cas de lacune législative, ce que disait la *Common law* avant l'adoption de la loi, de déterminer le défaut auquel la loi devait remédier et la solution choisie par le parlement et, sur cette base, de procéder à une interprétation de façon à combler le défaut de la loi (*Heydon's Case* (1584) 76 ER 637).

¹⁴²¹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v° Cohérence.

¹⁴²² Les trois règles de résolution des conflits généralement reconnues en droit national sont celles de la hiérarchie des normes (*lex superior derogat inferiori*), de la priorité de la règle la plus récente sur la plus ancienne (*lex posterior derogat priori*) et de la règle spéciale sur la règle générale (*lex specialis derogat generali*) (B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 271 ; M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 83-86). Le problème se pose en cas de conflit entre des règles qui échappent à ces principes, ou lorsque ceux-ci entrent

puissent se présenter, pour lesquelles aucune solution juridique anticipable n'existerait. La cohérence vise à rendre le système intelligible et à empêcher que plusieurs solutions juridiques incompatibles soient envisageables pour la même situation¹⁴²³. La lacune empêche toute prévisibilité¹⁴²⁴ et la contradiction permet deux prévisibilités incompatibles et donc, inévitablement, l'échec de l'une d'entre elles. Si on imagine aisément le succès de ces notions auprès des juristes de droit continental, particulièrement dans les mouvements de codification du XIX^e siècle¹⁴²⁵, les pays de *Common law* n'ont pas pour autant ignoré les idéaux qui la sous-tendent. Selon Dworkin, le droit est un « concept interprétatif » et la meilleure interprétation de la pratique juridique est celle qui conçoit le droit « comme intégrité ». Il distingue deux principes d'intégrité politique : un principe législatif, qui requiert du législateur d'adopter des lois qui forment un tout cohérent d'un point de vue moral, et un principe juridictionnel qui exige que le droit soit perçu, autant que possible, comme étant cohérent, ce qui permet de dépasser le dilemme de savoir si les juges découvrent ou créent le droit¹⁴²⁶. Il faut cependant éviter de se laisser séduire par ces postulats, qui peuvent, au mieux, fonctionner comme une « idée régulatrice » et, au pire, masquer la présence des véritables enjeux idéologiques¹⁴²⁷.

Ainsi, l'identification d'une lacune revient souvent à poser une proposition normative « dont la présence était attendue », ce qui implique un

en conflit. Il est fréquent que des dispositions, compatibles *prima facie*, s'avèrent inconciliables dans un cas d'espèce précis (voy. *infra*, n° 400).

¹⁴²³ En ce sens, voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 74 ; E. MAULIN, « Cohérence et ordre juridique », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, V. Michel (éd.), Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 11.

¹⁴²⁴ Il est en effet difficile de faire des projections à partir d'une règle qui n'existe pas.

¹⁴²⁵ M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴²⁶ R. DWORKIN, « La théorie du droit comme interprétation », trad. par F. Michaut, *Droit et société*, 1985, p. 108 ; *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 50, 87-91, 176, 216 et 228. L'interprétation « est une activité qui consiste à essayer d'imposer une cohérence à la conduite qui constitue une pratique sociale [...] » (*ibid.*, p. 107-108).

¹⁴²⁷ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 261 ; F. OST et J. LENOBLE, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 240 et 242. Selon Kelsen, il n'existe pas de lacune : « Une conduite qui n'est pas juridiquement défendue est juridiquement permise, en ce sens négatif » (*Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 50). P. AMSELEK critique cette approche « irréaliste » voire paradoxale en ce qu'elle subsume tout sous la règle alors que l'idéologie politique libérale « prône le maximum de non-droit » (« Le

jugement de valeur sur le système normatif¹⁴²⁸. Si elle peut parfois être établie en partant d'un objectif explicitement posé par le constituant ou le législateur, la ligne de démarcation entre une lacune véritable et une « fausse » lacune, identifiée en présence d'une norme jugée insatisfaisante, n'en demeure pas moins difficile à tracer¹⁴²⁹. De façon plus problématique, une conception idéalisée de la complétude du système peut entraîner l'application d'une solution juridique nouvelle sans tenir compte de la surprise qu'elle constitue pour les attentes légitimes de ses destinataires. De même, la notion de contradiction ne revêt pas en droit le même caractère d'évidence qu'en logique. Elle requiert une interprétation qui peut être mobilisée à l'appui de la solution envisagée. En ce sens, il convient d'être conscient du caractère relatif de l'argument de la cohérence, qui peut s'arrêter à un texte, à une branche du droit ou au système dans son entier selon les besoins de celui qui y recourt¹⁴³⁰. Enfin, la conviction qu'un système est cohérent est de nature à faire sous-estimer les problèmes de cohérence qu'il sera sans doute amené à rencontrer. Paradoxalement, ces postulats de cohérence et de complétude peuvent donc constituer, sinon une cause d'imprévisibilité, à tout le moins un écran de fumée susceptible de la dissimuler.

2. Le contexte particulier

327. — Outre le contexte général dans lequel une affaire s'inscrit, la spécificité des faits de la cause est susceptible d'influencer considérablement sa solution, que l'on s'intéresse à sa situation sur la ligne du temps (a) ou à la façon dont ses circonstances concrètes présentent une configuration juridique particulière, dont l'application est liée aux conséquences projetées de la décision (b).

doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in *Le doute et le droit*, F. Terré, (dir.), Dalloz, Paris, 1994, p. 69).

¹⁴²⁸ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 178. Plutôt que de lacune, J. CARBONNIER préfère parler de non-droit, qui n'est pas une pathologie mais un phénomène naturel (*Flexible droit*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 30).

¹⁴²⁹ M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 87. Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁴³⁰ G. CONWAY, « Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », in « The Legal Reasoning of the European Court of Justice », *E.L.J.*, 2008, p. 795.

a) *Au niveau temporel*

328. — Toute décision juridictionnelle s'inscrit dans un contexte juridique particulier, dans lequel, pour faire simple, trois situations peuvent se présenter. Soit les juridictions de l'ordre juridique concerné n'ont jamais été confrontées à ce cas de figure (i), soit elles l'ont déjà été et la question se pose de savoir si elles vont s'inscrire dans le prolongement des décisions passées (ii) ou décider de s'en départir (iii). Quelle que soit la situation, l'imprévision de la solution menace son destinataire et les mécanismes construits pour assurer sa prévisibilité ne peuvent offrir qu'une garantie toute relative, voire constituer une source d'incertitude.

i. Une décision sans précédent

329. — Dans l'hypothèse où une décision juridictionnelle ne peut s'appuyer sur une jurisprudence existante, il est possible qu'elle crée un effet de surprise pour ses destinataires immédiats et, plus largement, pour l'ensemble des acteurs susceptibles d'être concernés par la solution nouvelle¹⁴³¹. Afin de diminuer les conséquences négatives susceptibles de résulter d'une décision inattendue, l'idée d'un droit transitoire jurisprudentiel est apparue dès 1917 dans la doctrine américaine. Au cours d'une conférence au barreau de Caroline du Sud, le professeur Georges F. Canfield suggéra qu'une cour puisse annoncer une règle nouvelle en cas de conviction de l'inadéquation de la règle ancienne, tout en restant fidèle au *stare decisis* dans le cas présent¹⁴³². En 1932, la

¹⁴³¹ Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « à la différence des cas de revirement de jurisprudence, une interprétation de la portée d'une infraction qui se trouve être, comme en l'espèce, cohérente avec la substance de cette infraction doit, en principe, être considérée comme prévisible » (C.E.D.H., Jorgic c. Allemagne, 12 juillet 2007, req. n°74613/01, § 109).

¹⁴³² B. H. LEVY, « Realist Jurisprudence and Prospective Overruling », *Penn. L. Rev.*, 1960, p. 7-10). Cet auteur cite de la jurisprudence antérieure qui semble avoir déjà adopté une telle approche (*ibid.*, p. 8 et les références citées). Sur le droit transitoire jurisprudentiel, voy. notamment Th. E. FAIRFIELD, « Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: 'Prospective Overruling' or 'Sunbursting' », *Marq. L. Rev.*, 1967-1968, p. 254-270; C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 35-74; A.G.L. NICOL, « Prospective Overruling: a New Device for English Courts? », *Mod. L.R.*, 1976, p. 542-560; T. KOOPMANS, « Retrospectivity Reconsidered », *Cambridge L.J.*, 1980, vol 39, p. 287-303; F. OST, « L'heure du jugement... », *op. cit.*, p. 91-134; F. POLLAUD-DULIAND, « A propos de la sécurité juridique », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 502-503; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2002, p. 1 à 58; E. BRIBOSIA et

Cour suprême rendait son arrêt *Sunburst*, qui donna lieu à l'expression de *sunbursting* pour désigner le revirement pour l'avenir ou prospectif (*prospective overruling*)¹⁴³³. Dans son opinion, le juge Cardozo estimait que l'État, dans sa définition des limites de la fidélité au précédent, devait pouvoir choisir de regarder vers l'avenir ou vers le passé, de s'en tenir à l'idéal platonicien d'un droit déclaré par le juge et qui a toujours existé, ou bien de reconnaître que la règle de droit, qui a fait l'objet d'un revirement, a pu valablement déterminer des opérations juridiques passées¹⁴³⁴. La discussion sur l'effet temporel des arrêts s'est surtout développée aux États-Unis à partir de 1965, lorsque l'arrêt *Linkletter v. Walker* de la Cour suprême a explicitement confirmé que la Constitution ne prohibait pas les revirements pour l'avenir¹⁴³⁵.

330. — Plusieurs raisons militent en faveur d'une modulation temporelle des effets jurisprudentiels. L'argument le plus souvent évoqué est la volonté de protéger la confiance que les justiciables ont pu investir dans

I. RORIVE, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Rev. Dr. U.L.B.*, 2002, p. 125-152; N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005; B. JURATOWITCH, « Questioning Prospective Overruling », *N.Z. L. Rev.*, 2007, p. 393-415.

¹⁴³³ P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 247; A.G.L. NICOL, « Prospective Overruling... », *op. cit.*, p. 552.

¹⁴³⁴ *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 (1932). Une note publiée après l'arrêt approuve son enseignement, soulignant le tort causé par la théorie traditionnelle pour les attentes légitimes des justiciables : « Retroaction, underlain by a highly artificial theory of law, imposes a real hardship through its disregard of the reasonable expectation of the party who has relied on precedent; whereas prospective operation, while also exacting a kind of legal martyrdom, does not involve for the party challenging precedent any corresponding frustration of understanding as to legal status » (*Yale L.J.*, 1933, n° 42, p. 782). Sur l'évolution du débat après cet arrêt, voy. B. H. LEVY, « Realist Jurisprudence and Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 17-25. Sur la jurisprudence relative au *prospective overruling* dans les autres pays de *common law*, voy. B. JURATOWITCH, « Questioning Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 396-405.

¹⁴³⁵ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965). Sur cet arrêt et ses suites voy. T. KOOPMANS, « Retrospectivity Reconsidered », *op. cit.*, p. 288; C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 46. Dans un arrêt *Chevron Oil*, rendu en 1971, la Cour suprême a indiqué les trois facteurs pris en compte pour limiter l'effet rétroactif d'une décision, à savoir l'établissement ou non d'un nouveau principe, l'impact de l'effet rétroactif de la nouvelle règle sur son efficacité et l'existence ou non d'effets inévitables substantiels en cas d'application rétroactive (*Chevron Oil Co v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971), 106-107).

la règle remise en cause et de leur éviter les conséquences de la disparition rétroactive de cette règle¹⁴³⁶. Il s'agit en d'autres termes de faire un compromis entre les préoccupations de légalité et celles de sécurité juridique. Avec le droit transitoire jurisprudentiel, observe François Ost, « s'impose une vision raisonnablement évolutive du temps, ainsi qu'une conception "gradualiste" de la sécurité juridique qui ne s'accommode ni du conservatisme statique, ni d'une remise en question radicale de situations juridiques stabilisées¹⁴³⁷ ». L'arrêt qui a le plus fait sentir la nécessité d'une limitation des effets d'un arrêt est sans aucun doute la décision prononcée le 13 juin 1985 par la Cour suprême canadienne. Conformément au *Manitoba Act* de 1870, tous les actes officiels de cette province devaient être rédigés en français et en anglais. Le pouvoir législatif de Manitoba n'avait cependant jamais, depuis 1890, publié la version française d'aucun de ses textes. Il en résultait, selon la Cour suprême, que la totalité des actes de cette province avaient toujours été invalides, en d'autres termes que « l'ordre juridique positif qui [avait] réglé les affaires des citoyens de Manitoba depuis 1890 [était] détruit et que les droits, obligations et autres effets nés sous ces lois [étaient] invalides et inapplicables¹⁴³⁸ ». Soulignant l'importance de la *rule of law* en droit canadien, qui exige la création et le maintien d'un ordre juridique pour gouverner la société, la juridiction suprême estima qu'il fallait éviter le vide juridique et donc maintenir les normes de Manitoba jusqu'à leur traduction et leur publication¹⁴³⁹.

331. — Les objections opposées à cette technique comprennent notamment la crainte du pouvoir qu'elle confère aux juges, et le risque

¹⁴³⁶ A.G.L. NICOL, « Prospective Overruling... », *op. cit.*, p. 544-545 et les références citées ; C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 54-56 et 73 ; T. KOOPMANS, « Retrospectivity Reconsidered », *op. cit.* p. 293-295. Sur les arguments tirés de la Convention européenne des droits de l'homme pour justifier le revirement prospectif, voy. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Orwell à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 688.

¹⁴³⁷ F. OST, « L'heure du jugement... », *op. cit.*, p. 114.

¹⁴³⁸ *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 June 13, 1985 (trad. libre : « The conclusion that all unilingual Acts of the Legislature of Manitoba are invalid and of no force or effect means that the positive legal order which has purportedly regulated the affairs of the citizens of Manitoba since 1890 is destroyed and the rights, obligations and any other effects arising under these laws are invalid and unenforceable »).

¹⁴³⁹ B. JURATOWITCH observe qu'à la suite de cet arrêt, le pouvoir législatif de Manitoba a adopté de nombreuses législations rétroactives, qui n'ont pas été jugées illégales par la Cour suprême (« Questioning Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 404-405).

d'une éventuelle désinhibition en matière de revirements, ou du découragement des acteurs judiciaires qui ne se verraient pas récompenser par leurs actions¹⁴⁴⁰. François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck relèvent également le risque d'un déclin de la qualité de la jurisprudence, voire d'un « bâclage » interprétatif qu'une « dédramatisation » du revirement de jurisprudence pourrait cautionner indirectement¹⁴⁴¹. Du point de vue qui nous intéresse, un des soucis du recours au droit transitoire jurisprudentiel est, paradoxalement, l'imprévisibilité relative à son application. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans le cadre de l'examen de l'ordre juridique européen¹⁴⁴².

ii. L'évolution au gré des précédents

332. — Le rapport des cours et tribunaux à leurs décisions passées fournit traditionnellement une des distinctions essentielles entre les méthodes anglo-saxonne et continentale¹⁴⁴³. Les deux raisons principales qui militent en faveur du respect des précédents sont, d'une part, l'égalité ou la justice, qui exigent de traiter les cas identiques de la même façon et, d'autre part, la sécurité juridique, dès lors que la fidélité aux décisions passées doit garantir la prévisibilité et la stabilité du droit¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴⁰ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel... », *op. cit.*, p. 37-38 ; A.G.L. NICOL, « Prospective Overruling... », *op. cit.*, p. 548-557 ; L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 57 ; B. JURATOWITCH, « Questioning Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 407 ; C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 49. Sur les problèmes que posent cette technique à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment en matière d'égalité de traitement et de droit à la protection juridictionnelle, voy. Th. E. FAIRFIELD, « Limitation of New Judge-Made Law... », *op. cit.*, p. 267-269 ; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel... », *op. cit.*, p. 47-50.

¹⁴⁴¹ F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Orwell à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 688.

¹⁴⁴² Voy. *infra*, n° 344.

¹⁴⁴³ A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, *op. cit.*, p. 10. Il va de soi qu'il faut relativiser cette distinction eu égard à l'influence, souvent sous-estimée, des précédents en droit continental. Comme le relève B. FRYDMAN, l'interprétation juridictionnelle peut être considérée comme le modèle authentique de la démarche herméneutique dès lors qu'elle reconnaît, outre l'autorité du texte, « la valeur du préjugé, de ce qui a été pré-jugé dans les précédents qui déterminent notre compréhension de l'ordre juridique, dans l'état où nous le trouvons. » (*Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 638).

¹⁴⁴⁴ En ce sens, qu'ils évoquent l'une ou l'autre raison, ou les deux, voy. O.A. HATTAWAY, « Path Dependence in the Law... », *op. cit.*, p. 651-653 ; K. LUCAS-ALBERNI,

Une dévotion aveugle aux précédents risque cependant d'entraîner un droit sclérosé, et des décisions prévisibles mais injustes, ou qui ne se justifient plus dans le contexte du cas particulier¹⁴⁴⁵. Telle est la raison pour laquelle la *House of Lords* a adopté son *Practice Statement* en 1966, par lequel elle a consacré sa compétence pour s'écarter de ses propres précédents. Après avoir relevé l'importance fondamentale du précédent pour la certitude du droit, Lord Gardiner a expliqué qu'une adhésion trop rigide à celui-ci pouvait entraîner de l'injustice dans des cas particuliers et restreindre le développement du droit. Au nom des Lords, il a donc proposé qu'ils puissent se départir d'une jurisprudence antérieure lorsqu'il apparaît juste de le faire, tout en étant conscient

« La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à la sécurité juridique », *C.D.E.*, 2007, n° 3-4, p. 482; J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « La notion de sécurité juridique... » *op. cit.*, p. 450; M. WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 132; K. TURCOTTE, « Why Legal Flexibility is not a Threat to either the Common Law System of England and Australia or the Civil Law System of France in the Twenty-first Century », *Hanse L.Rev.*, 2005, p. 191; C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, *op. cit.*, p. 41; Fr. R. COUDERT, *Certainty and Justice*, *op. cit.*, p. 3; L. ALEXANDER, « Precedent », in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson (ed.), Blackwell, Publishers, 1996, p. 505-509; Ch. PERELMAN, *Ethique et droit*, *op. cit.*, p. 119; R.A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision*, *op. cit.*, p. 60-61 et les références citées; E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 145; F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 92; C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 38-39; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, *op. cit.*, p. 272-275; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 415-420; concl. de l'avocat général Maduro dans les aff. jtes C-94/04 et C-202/04, Cipolla et Macrino, pt 28. Il n'en va différemment que si le précédent est intervenu entre les faits et la décision juridictionnelle (S.L. HURLEY, « Coherence, Hypothetical Cases and Precedent », *op. cit.*, p. 235). Pour un examen critique de toutes les raisons susceptibles de justifier le fait de suivre un précédent, voy. A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, *op. cit.*, p. 14-49 (spéc. p. 41 : « The final, and, from the English standpoint, the most important reason for following precedent is that it gives us certainty in the law »).

¹⁴⁴⁵ Fr. R. COUDERT, *Certainty and Justice*, *op. cit.*, p. 4-5, 12 et 205-243. Hobbes défendait déjà une conception souple du précédent : « No mans error becomes his own Law, nor obliges him to persist in it. Neither (for the same reason) becomes it a Law to other judges, though sworn to follow it [...] no Injustice can be a pattern of Judgement to succeeding Judges. » (*Leviathan*, *op. cit.*, p. 155). Sur la notion américaine, plus souple, de respect du précédent, voy. C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 35; B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.*, p. 158; H.W.R. WADE, « The concept of legal certainty... », *op. cit.*, p. 183-199.

des dangers que cela comporte pour la sécurité juridique¹⁴⁴⁶. Plus fondamentalement, certains auteurs ont émis des doutes sur la capacité des précédents à contraindre les juges et donc à assurer la prévisibilité et la certitude en droit¹⁴⁴⁷. En d'autres termes, ils estiment qu'il existe toujours la possibilité d'établir des différences entre deux cas, notamment en déterminant la *ratio decidendi* du précédent, dont il est possible d'élargir ou de restreindre la portée à l'aide des faits pertinents du cas d'espèce, selon qu'on souhaite qu'il leur soit ou non applicable¹⁴⁴⁸. Llewellyn distinguait déjà deux doctrines contradictoires, l'une qui essaie de se débarrasser des précédents encombrants, et l'autre qui tend à accueillir les précédents bienvenus¹⁴⁴⁹.

333. — Les théories incrémentalistes et de la *path dependence*, issues principalement des domaines de l'économie, de la politique et de la biologie, pointent les limites de la rationalité de la doctrine du précédent et de sa capacité à assurer la prévisibilité du droit¹⁴⁵⁰. Le phénomène

¹⁴⁴⁶ Practice Statement [1966] 3 All ER 77. Sur l'impact du *Practice Statement*, voy. I. RORIVE, « La rupture de la House of Lords avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique », in *L'accélération du temps juridique*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 801-836; J.W. HARRIS, « Towards Principles of Overruling — When Should a Final Court of Appeal Second Guess? », *O.J.L.S.*, 1990, p. 135-149 et 158 (« The fact that the House of Lords can now overrule its decisions inevitably add something to the unpredictability of legal outcomes »); A. RODGER, « What Are Appeal Courts For? », *op. cit.*, p. 529 (« At first the full effect of the change was not apparent, but gradually it became clear that we had entered a new world in which certainty was no longer prized as one of the most important virtues of our legal system »).

¹⁴⁴⁷ Voy. notamment E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 131 et s.; M. ROSENFELD, « The rule of law... » *op. cit.*, p. 1337-1346.

¹⁴⁴⁸ En ce sens, voy. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 153-154; L. ALEXANDER, « Precedent », *op. cit.*, p. 505; E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 133-146; S. FISH, *Doing what Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1989, p. 514 (« The truth about precedent, then is the opposite of the story we tell about it; precedent is the process by which the past gets produced by the present so that it can then be cited as the producer of the present »). Selon P. Ricœur, « Le précédent renvoie à la similarité, laquelle n'est ni donnée, ni inventée, mais construite » (*Le Juste*, *op. cit.*, p. 182-183). Voy. la jurisprudence de la Cour suite à ses arrêts RSV (n^{os} 104 et 106) et *Enmott* (n^o 140).

¹⁴⁴⁹ K. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 69-70.

¹⁴⁵⁰ Selon J. LENOBLE et F. OST, la technique du *stare decisis* « repose elle-même sur une idéalisation », à savoir celle d'une « rationalité censée caractériser la jurisprudence » (*Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 239).

de *path dependence* vise la dépendance d'un résultat ou d'une décision au parcours historique qui l'a précédé et implique une relation causale entre les différents éléments d'une séquence temporelle, dans laquelle chaque étape influence fortement la direction que prendra l'étape suivante. Appliqué au droit, ce mécanisme attire l'attention sur l'inévitable contingence d'une évolution jurisprudentielle selon l'ordre, par nature imprévisible, dans lequel les affaires arrivent devant les tribunaux, mais également le fait que les opportunités de changement sont brèves et intermittentes¹⁴⁵¹. Cette tendance naturelle des juges à suivre le « sentier » des précédents peut s'expliquer par le confort qu'elle représente¹⁴⁵², par la crainte d'innover¹⁴⁵³ ou, sous un angle plus positif, par sa capacité à augmenter le rendement en diminuant la charge de travail¹⁴⁵⁴. La théorie incrémentaliste, qui se fonde sur les travaux du politologue

¹⁴⁵¹ O.A. HATTAWAY, « Path Dependence in the Law... », *op. cit.*, p. 604-605 et 633 (« To the extent that we are unable to predict the early cases that will present a legal issue, we are equally unable to predict where these initial cases will lead »). La *path dependence* risque ainsi de donner aux premiers cas soumis au juge un impact parfois disproportionné à leur enjeu (*ibid.*, p. 631 et 638).

¹⁴⁵² A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, *op. cit.*, p. 28; Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1963, p. 232 (« C'est que la règle de justice résulte d'une tendance, naturelle à notre esprit, de considérer comme normal et rationnel, donc comme n'exigeant aucune justification supplémentaire, un comportement conforme aux précédents. Dans tout ordre social, ce qui est traditionnel se présentera donc comme allant de soi ; par contre, toute déviation, tout changement, devra être justifié. Cette situation, qui résulte de l'application du principe d'inertie dans la vie de l'esprit, explique le rôle qu'y joue la tradition ; c'est d'elle que l'on part, c'est elle que l'on critique, et c'est elle que l'on continue, dans la mesure où l'on ne voit pas de raisons pour s'en écarter »).

¹⁴⁵³ E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 157-159. Cet auteur, qui est juge, admet que le traitement distinct de deux cas comparables constitue une atteinte au principe d'égalité mais relève que ce principe ne précise pas quelle décision est erronée alors que la règle du précédent postule que c'est la plus récente (*ibid.*, p. 146). P. MOOR repère « comme facteur de nature psychologique, l'attrait que représente une discipline où le schéma de la continuité est une structure essentielle du raisonnement » (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 233). Sur le fait que les juristes, et particulièrement les juges, tendent à être conservateurs ou réfractaires au changement, voy. J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 246 et les réf. citées ; F. OST, « L'heure du jugement... », *op. cit.*, p. 99. H. WADE explique l'attachement aux précédents des juges par leur horreur de la responsabilité (« The concept of legal certainty... », *op. cit.*, p. 195).

¹⁴⁵⁴ O.A. HATTAWAY, « Path Dependence in the Law... », *op. cit.*, p. 624. L'analyse cognitive perçoit l'adhésion, plus ou moins inconditionnelle, à une jurisprudence comme une façon pour le juge d'économiser ses efforts cognitifs (A.J. HIRSCH, « Cognitive jurisprudence », *op. cit.*, p. 618).

Charles Lindblom, tend à substituer au modèle classique de la prise de décision parfaitement rationnelle un modèle plus réaliste, selon lequel tout preneur de décision compare les alternatives qui sont des variations marginales du point de départ et qui dérivent de son expérience historique et contemporaine. Ce dernier n'envisage donc pas toutes les alternatives rationnelles et celles qu'il retient se limitent généralement à sa sphère d'expertise. Alors que, dans le modèle rationaliste, les moyens sont ajustés aux fins, l'incrémentaliste ajuste le plus souvent ce qu'il veut aux moyens disponibles et adopte une stratégie d'évitement des problèmes. Plutôt que de tenter de prédire les situations, il adapte ses réactions au coup par coup et se laisse guider par des règles instinctives plutôt que rationnelles pour faire ses choix et les mettre en application. Transposé à la fonction juridictionnelle, ce modèle décrit la dynamique jurisprudentielle comme une tendance du juge à maintenir le *statu quo* jusqu'à ce qu'une nouvelle situation lui impose de modifier sa jurisprudence, auquel cas la recherche d'alternatives s'arrêtera dès qu'une solution semble convenir¹⁴⁵⁵.

334. — Ces théories mettent en lumière la place substantielle de la contingence dans le développement juridique, à mille lieues de l'idéal rationaliste promu par le modèle cartésien du droit. Même si le rapport des juges à leurs décisions passées, quelle qu'en soit la raison, est de nature à assurer une certaine prévisibilité¹⁴⁵⁶, elle est relative et ne correspond pas aux aspirations des Lumières françaises qui investissaient le législateur du monopole de cette mission d'assurer la certitude du droit.

¹⁴⁵⁵ La plupart des procès, du point de vue incrémentaliste, opposent une partie qui souhaite le *statu quo* et une autre qui voudrait une modification de la jurisprudence. Stratégiquement, l'avocat de cette seconde partie va suggérer la version la plus minimaliste de ce changement car c'est celle qu'il a le plus de chances d'obtenir (M. SHAPIRO, « Stability and Change in Judicial Decision-Making : Incrementalism or *Stare Decisis* ? », in *Law and the Behavioral Sciences*, L. Friedman, S. Macaulay (dir.), New York, 1969, p. 702-710).

¹⁴⁵⁶ Voy. *infra*, n^{os} 426 et 434.

iii. Le revirement de jurisprudence

335. — Le revirement de jurisprudence est, par excellence, l'affront suprême pour la sécurité juridique¹⁴⁵⁷. Il n'est l'apanage d'aucun système juridique et, s'il est mieux accepté par certains, il laisse les sujets de droit également désemparés. L'effet de surprise généré par une décision nouvelle est aggravé lorsqu'un précédent existe mais qu'il n'est pas suivi, dès lors qu'il a pu susciter des attentes légitimes¹⁴⁵⁸. Le revirement est généralement peu apprécié des juristes et, particulièrement, des juges pour qui il peut représenter un aveu d'erreur pour les décisions passées. Il est rare, par conséquent, qu'il soit explicitement reconnu par son auteur¹⁴⁵⁹. Afin à la fois de préserver une certaine sécurité juridique et de ne pas se désavouer explicitement, les juridictions préfèrent recourir à des « techniques d'amortissement » du revirement, comme le fait de l'inscrire dans la durée, afin de diminuer l'effet de surprise, ou de l'introduire dans une cause dans laquelle il n'aura pas d'effet sur les anticipations légitimes des parties¹⁴⁶⁰. A défaut de

¹⁴⁵⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 718; B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion... », *op. cit.*, p. 164). L'appréciation de ce qui constitue un revirement peut parfois être relative car elle dépend du contexte de référence envisagé (F. OST, « L'heure du jugement... », *op. cit.*, p. 112). Comme le précise D. SIMON, définir le revirement comme « la substitution à une solution constante d'une solution contraire » serait réducteur mais il faut au moins, pour qu'il y ait revirement, que la position nouvelle « comporte une dimension de rupture et traduise un saut qualitatif brusque » (« Rapport de synthèse, in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, *op. cit.*, p. 394-395).

¹⁴⁵⁸ Sur la question, voy. P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. Carpano (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 51. Sur les raisons qui justifient un raisonnement, voy. *ibid.*, p. 52-55. Il est vrai que le revirement intervient souvent dans un contexte où règne déjà une certaine insécurité juridique. Parfois, il s'impose même, lorsque le décalage est trop important entre la jurisprudence établie et le contexte actuel ou que l'état du droit est ambigu (X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *op. cit.*, p. 78-80; K. LUCAS-ALBERNI, « La possible contribution du revirement de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 495-522).

¹⁴⁵⁹ Comme le relève D. SIMON, le revirement « avance le plus souvent masqué » (« Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 390).

¹⁴⁶⁰ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 16; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Orwell à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 688; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel... », *op. cit.*, p. 11; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 345; K. LUCAS-ALBERNI, « La possible contribution du revirement... », *op. cit.*, p. 485. Selon O.A. HATTAWAY, le juge Stone plantait consciemment dans ses décisions des nouveaux concepts qu'il pourrait utiliser plus tard (« Path Dependence in the Law... », *op. cit.*, p. 630).

pouvoir recourir à ces méthodes, les juridictions recourent de plus en plus à celle du *prospective overruling*¹⁴⁶¹.

b) Au niveau matériel

336. — Le contexte particulier d'un cas d'espèce n'influe pas seulement la solution qui lui sera apportée en fonction du moment de son apparition dans la chronologie jurisprudentielle, mais également, sur le fond, en raison des circonstances propres qui le constituent. Celles-ci sont de nature à avoir un impact sur la décision finale en raison de la prise en considération des conséquences potentielles de cette décision et ce, à un double titre¹⁴⁶². D'une part, le juge sera attentif à la façon dont son jugement risque d'influencer, à plus long terme, le corpus jurisprudentiel existant mais également au contexte politique, économique et social dans lequel il va s'inscrire¹⁴⁶³. Comme le relevait le juge de la Cour suprême néo-zélandaise Edward Thomas, la fonction judiciaire comprend un inévitable élément politique¹⁴⁶⁴. F. Ost et M. van de Kerchove soulignent le caractère nécessairement « politique » de l'intervention des juges, non pas au sens d'intervention partisane mais de règlement des affaires de la cité¹⁴⁶⁵.

D'autre part, l'impact de la décision sur le cas particulier et les parties à la cause va constituer un facteur dans la solution, variable selon que les juges adoptent une approche strictement legaliste ou en équité. Selon Ricœur, « l'équitable est la figure que revêt l'idée du juste dans les situations d'incertitude et de conflit ou, pour tout dire, sous le régime ordinaire ou extraordinaire du *tragique de l'action*¹⁴⁶⁶ ». L'équité est cette justice qui tend à faire droit à la spécificité du cas particulier, cette « rupture à l'égard du droit formel en raison de considérations morales et

¹⁴⁶¹ Voy. *supra*, n° 329.

¹⁴⁶² Sur la question, voy. Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 254; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 397-398; H.J.M. BOUKEMA, *Judging*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁶³ En ce sens, le contexte particulier rejoint le contexte général. Sur les fonctions « courte » et « longue » de l'acte de juger, voy. *infra*, n° 448.

¹⁴⁶⁴ E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 101-104.

¹⁴⁶⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁶⁶ P. RICŒUR, *Le Juste*, *op. cit.*, p. 26-27 (« Le sens de la justice, qui garde son enracinement dans le souhait de la vie bonne et qui trouve sa formulation rationnelle la plus ascétique dans le formalisme procédural, n'accède à la plénitude concrète qu'au stade de l'application de la norme dans l'exercice du jugement en situation »).

autres », qui se « rapporte d'abord au *contenu* du conflit juridique¹⁴⁶⁷ ». Alors qu'elle a, certes sous différentes formes¹⁴⁶⁸, parcouru les siècles depuis l'antiquité jusqu'au droit naturel moderne, en passant par le Moyen-Âge chrétien, l'équité a difficilement survécu au positivisme juridique continental et à la crainte de l'arbitraire des juges non élus¹⁴⁶⁹. Il s'en est suivi, particulièrement en France où la doctrine lui conteste le statut de source de droit¹⁴⁷⁰, une véritable chasse aux sorcières¹⁴⁷¹, forçant l'équité à poursuivre dans l'ombre les fonctions qui lui sont traditionnellement assignées, et qui consistent à combler les lacunes du droit positif, à l'adapter aux circonstances individuelles voire à l'écarter en cas de solution injuste¹⁴⁷². Plusieurs auteurs estiment même que la proportionnalité et la place de la pondération des intérêts dans la fonction

¹⁴⁶⁷ Fr. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, op. cit., p. 278, § 223.

¹⁴⁶⁸ Plusieurs auteurs distinguent l'équité objective, qui s'identifie à l'*épikie* d'Aristote et vise la correction de la loi dans l'intérêt de celle-ci, et l'équité subjective, qui relève davantage de la miséricorde et prend en compte la situation particulière d'un individu. Sur cette distinction, voy. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 146-148 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, op. cit., p. 636.

¹⁴⁶⁹ Sur la notion d'équité, voy., outre les développements historiques de la deuxième partie, B. JANSSENS, *Étude sur la notion d'épikie*, op. cit. ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 206-220 ; J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruylant, 1972, p. 882-886 ; M. AKEHURST, « Equity and General Principles of Law », *Intern. & Comp. L. Q.*, 1976, p. 801 et s.

¹⁴⁷⁰ J. SACE, « Quelques réflexions sur les principes généraux du droit », in *Mélanges offerts à Philippe Gérard*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 81-82 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 184-186.

¹⁴⁷¹ H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1931, p. 157-158 (« Les juristes n'aiment pas à reconnaître son rôle [...]. Le grand art est, alors, de masquer le besoin d'équité par des interprétations savantes et compliquées qui aboutissent, sans trop de scandale, à suppléer aux lois, ou à leur faire dire ce à quoi le législateur n'a jamais pensé ») ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Équité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998, p. 91 (« Équité subreptice, équité secrète, enfouie dans la conscience du juge, l'équité déguisée s'exerce dans le respect apparent de la loi. Ce jugement d'équité a les apparences strictes d'un jugement rendu selon les règles de droit, ce qui lui permet d'échapper à la critique »). Comme l'écrivent M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, le juge ayant le souci de promouvoir la valeur de justice, c'est-à-dire un traitement égal des cas semblables dans un objectif de généralisation, l'équité du cas d'espèce « ne se fraie que très difficilement un passage dans l'argumentation judiciaire » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 140).

¹⁴⁷² J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », op. cit., p. 886-889. M. Akehurst distingue l'équité *praeter legem*, *infra legem* et *contra legem* (« Equity and General Principles of Law », op. cit., p. 801-805).

de juger sont « les symptômes et les promoteurs contemporains de cette équité modératrice qui n'a cessé de survivre dans la clandestinité des motivations de la décision de justice¹⁴⁷³ ». Du point de vue de la prétention de la norme à déterminer à l'avance son application, elle constitue incontestablement un élément d'imprévisibilité¹⁴⁷⁴.

337. — En outre, les conséquences réelles d'une décision doivent être examinées à l'aune de l'exécution réelle qui lui sera apportée. J. Lenoble regrette ainsi que l'attention se limite à la décision juridictionnelle alors que la « productivité sémantique » de toute norme dépend également de l'usage qui est fait de la décision par ses destinataires finaux. La « production, dans le réel social, de cet effet de sens mobilise d'autres conditions que celles qui ont été mobilisées par le seul travail herméneutique du juge », notamment une « « confiance » majoritaire et suffisamment homogène du groupe social dans le pouvoir du juge à se présenter comme l'organe du « sens commun »¹⁴⁷⁵ ». A nouveau, c'est la capacité du droit à prédéterminer l'issue d'une instance juridictionnelle qui se voit hypothéquée par les circonstances qui interviennent après son édicition.

338. — Cet examen succinct des « obstacles d'incertitude » qui jonchent le processus juridictionnel a mis en évidence autant d'éléments qui viennent invalider le modèle cartésien de la sécurité juridique, selon lequel le droit aurait la capacité de déterminer à l'avance et de façon automatique les conséquences juridiques des actes posés par ses destinataires. Si chacun de ces éléments, pris séparément, suffit à faire trébucher les prétentions absolues de la logique cartésienne, on imagine aisément l'impact de leur interaction, selon des combinaisons qui peuvent être variées à l'infini. Comme on va le voir, l'ordre juridique

¹⁴⁷³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 639-640. Selon V. HOLDERBACH-MARTIN, le principe de justice est exprimé par les principes de proportionnalité et d'égalité (*Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 16). Selon Lord Mackenzie Stuart : « proportionality is just what we call 'reasonableness' » (cité par G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Reflections on the General Principles of Community Law », *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 1998-1999, p. 14).

¹⁴⁷⁴ Pour une approche plus nuancée des rapports entre prévisibilité et équité, voy. *infra*, n^{os} 494-495.

¹⁴⁷⁵ J. LENOBLE, « La question de l'application en droit... », *op. cit.*, p. 352-357. On se souviendra que la Cour étend l'application du principe de sécurité juridique à l'exécution de ses propres arrêts (*supra*, n^o 76).

européen non seulement n'échappe pas à ces sources d'incertitude mais, au contraire, les multiplie.

Section 2. — L'ordre juridique européen

339. — La Déclaration Schuman du 9 mai 1950 considérait « la mise en commun des productions de charbon et d'acier » comme un moyen d'assurer « l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne ». Ainsi, la vocation politique de la « Communauté économique » à devenir « une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes » était d'emblée envisagée¹⁴⁷⁶. Cette volonté de substituer un système basé sur la confiance entre États à la défiance mutuelle qui les opposait a entraîné la création d'une entité dont le caractère supranational et intégré n'a pas d'équivalent dans le reste du monde, comme en atteste la mise en place d'une instance juridictionnelle aux pouvoirs de plus en plus étendus. Depuis sa création, la Cour de justice a constamment eu le souci de trouver un équilibre entre l'*effectivité* de l'ordre juridique dont elle était la gardienne et sa *légitimité*, tant auprès des États membres que des sujets de droit européens¹⁴⁷⁷. Ce double enjeu explique, selon l'ancien avocat général M. Poiares Maduro, la volonté de la Cour de ne pas s'impliquer, dans les premières années de son activité, dans des questions nationales politiquement sensibles et de privilégier un raisonnement formel¹⁴⁷⁸. Il n'est

¹⁴⁷⁶ Texte disponible à l'adresse suivante, consultée pour la dernière fois le 18 décembre 2012 : http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_fr.htm.

¹⁴⁷⁷ Pour mémoire, la légitimité relève du registre de l'acceptabilité et l'effectivité vise la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires ou à être utilisée par ceux-ci pour orienter leur pratique.

¹⁴⁷⁸ M.P. MADURO, *We the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 7-11. Dans ce livre, l'auteur, qui n'était pas encore à la Cour, expliquait la volonté de celle-ci de créer une « habitude d'obéissance » (« *habit of obedience* ») dans le chef des États en privilégiant, en accord avec la Commission, les cas dans lesquels il était certain que l'État s'exécuterait (*ibid.*, p. 10). Sur les vertus légitimantes du formalisme, voy. également J.H.H. WEILER, « The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration », in J. WEILER, *The Constitution of Europe*, C.U.P., Cambridge, 1999, p. 195-199; J.H.H. WEILER,

guère surprenant que les juridictions de l'Union aient adopté la forme du syllogisme judiciaire dans leurs arrêts dès lors que celle-ci correspond à la façon dont les juridictions des États fondateurs motivaient leurs arrêts et qu'elle perpétue l'idée que le droit peut neutraliser le pouvoir des juges¹⁴⁷⁹. De même, la Cour a consacré la doctrine rassurante de l'acte ou du sens clair, malgré les critiques nourries dont elle a fait l'objet suite aux enseignements de l'herméneutique et des théories du langage¹⁴⁸⁰.

340. — Dans le même sens, cette quête d'effectivité et de légitimité contribue à expliquer pourquoi la Cour a maintenu, dans son discours à tout le moins et pas nécessairement de façon consciente et assumée, la logique cartésienne de la sécurité juridique. D'une part, elle s'inscrivait dans les pas des traditions nationales et, d'autre part, la logique mécaniste ainsi promue lui permettait de minimiser son intervention normative. Or, non seulement le système de l'Union fait face aux incertitudes inhérentes à tout ordre juridique (A) mais la situation se complique encore dès lors qu'il n'est pas le seul à occuper la scène européenne. Les relations entre les ordres juridiques de l'Union et du Conseil de l'Europe sont complexes et demandent à être clarifiées, particulièrement en ce qui concerne leur influence sur la question de la sécurité juridique (B). Enfin, les particularités de l'Union sont à la source de plusieurs

« The transformation of Europe », in J. WEILER, *The Constitution of Europe*, *op. cit.*, p. 36 (« Constitutionalization during the foundational period was judicially driven, thus attaching to itself that deep-seated legitimacy that derives from the mythical neutrality and religious-like authority with which we invest our supreme courts »).

¹⁴⁷⁹ En ce sens, voy. M.P. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 10-11. Un ancien juge de la Cour, J.-P. PUISOCHET, relève que la rédaction des arrêts est restée « rigoureusement fidèle à la méthode éprouvée du syllogisme : énoncé de la règle de droit pertinente, qualification juridique de la situation de fait caractéristique du litige, application à l'espèce de la règle de droit » (« Des traités et des juges », *op. cit.*, p. 316).

¹⁴⁸⁰ Voy. *supra*, n° 320. La Cour de justice a, du reste, admis que « l'interprétation des règles de droit relève de l'essence même de l'activité juridictionnelle », expliquant, dans des termes plus prudents, que « le juge, confronté à des thèses divergentes ou antinomiques, devra *normalement* interpréter les normes juridiques pertinentes – nationales et/ou communautaires – aux fins de trancher le litige qui lui est soumis » (C.J.U.E., 13 juin 2006, *Traghetti*, C-173/03, pt 34 (nous soulignons)).

problèmes et confusions spécifiques qui mettent encore plus à mal la logique cartésienne de la sécurité juridique (C).

A. Un ordre juridique comme les autres

341. — Le processus juridictionnel de l'Union européenne n'est pas épargné par les sources d'incertitude qui alimentent tout ordre juridique¹⁴⁸¹. La recherche de l'intention de l'auteur de la norme est sans doute encore plus aléatoire qu'au sein des États membres et l'influence des lecteurs, officiels ou non, sur son sens n'a rien à envier à ses homologues nationaux. A quelques exceptions près¹⁴⁸², peu d'auteurs contestent l'impact normatif de la jurisprudence de l'Union européenne¹⁴⁸³. En ce qui concerne le complexe factuel, qu'il s'agisse des faits présentés par les parties¹⁴⁸⁴ ou par le juge ayant posé la question préjudicielle, ils n'arrivent à la connaissance du juge européen, et ne sont soumis à sa propre subjectivité, qu'après avoir subi une certaine altération. Outre les parties au litige, les auteurs de doctrine vont également participer au débat juridictionnel. Leur influence incontestable se constate dans les conclusions des avocats généraux et les mémoires soumis par les parties, qui invoquent fréquemment l'autorité des spécialistes du droit de l'Union. Comme l'a écrit joliment un ancien juge de la Cour, le délibéré européen peut être décrit comme « accoustique impeccable de chambre d'échos de la communauté de droit¹⁴⁸⁵ ».

¹⁴⁸¹ Voy. *supra*, section 1.

¹⁴⁸² Selon l'avocat général Trstenjak, « les arrêts des juridictions communautaires ne comptent pas parmi les sources du droit communautaire » dès lors qu'ils « sont l'expression de l'interprétation que les juridictions communautaires donnent du droit, mais ne sauraient être confondus avec le droit lui-même » (ses concl. dans l'aff. C-331-05, *International Hilsfonds*, pt 84). Plus modéré, J.-P. PUISOCHET écrit que le juge de l'Union « ressent son rôle comme distinct de celui de l'auteur de la norme ; il se peut qu'il ait, à l'occasion, à la révéler, mais il ne lui revient pas d'ordinaire, et sauf à devoir combler une lacune évidente, de la façonner lui-même selon ses propres idées » (« Des traités et des juges... », *op. cit.*, p. 307). Enfin, l'ancien juge T. KOOPMANS se demande si l'affirmation de Blackstone selon lequel le juge se contente de déclarer le droit ne repose pas sur un mythe nécessaire (« Retrospectivity Reconsidered », *Cambridge L.J.*, 1980, vol. 39, p. 297).

¹⁴⁸³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 234-235.

¹⁴⁸⁴ Celles-ci peuvent être des particuliers, des entreprises, des États membres, des institutions nationales ou européennes, impliqués dans des litiges préjudiciels, ou d'autres procédures juridictionnelles, comme les recours en responsabilité, en carence ou en manquement.

¹⁴⁸⁵ J.-P. PUISOCHET, « Des traités et des juges... », *op. cit.*, p. 320.

L'ordre juridique européen donne ainsi à voir un droit qui se construit au fur et à mesure, à l'aide des différents acteurs qui le composent et à rebours de la conception de normes dont le sens aurait été intégralement prédéterminé par un législateur rationnel dans sa tour d'ivoire. En s'en tenant à l'instance juridictionnelle, les limites de la logique cartésienne de la sécurité juridique se marquent particulièrement dans la dépendance de la jurisprudence européenne au contexte (1) et dans le choix des méthodes d'interprétation qui la façonnent (2).

1. La dépendance au contexte

342. — Comme au niveau national, les décisions des juridictions de l'Union s'inscrivent en général dans un contexte jurisprudentiel (a), et ne sont pas insensibles à l'influence des circonstances politiques, sociales et économiques (b). L'incertitude de l'impact de chacune de ces variables hypothèque encore davantage la prétention de la norme à déterminer à l'avance son application.

a) Le poids du passé

343. — Trois cas de figure peuvent, à nouveau, être distingués, selon que la question au centre d'une nouvelle décision a ou non fait l'objet d'un précédent, et, le cas échéant, selon que la juridiction décide ou non de s'inscrire dans les pas de ses prédécesseurs. Nous les examinerons successivement.

344. — Selon l'ancien président de la Cour de justice, J. Mertens de Wilmars, « une jurisprudence débute parfois par le sacrifice d'une victime sur l'autel de la prévisibilité future¹⁴⁸⁶ ». L'euphémisme vise ici tant l'usage du mot « parfois » que le nombre de victimes. Les premiers arrêts sur une question de droit sont, en effet, toujours susceptibles de créer une surprise dans le chef de ceux qu'elle concerne et d'avoir un impact, par définition imprévu, sur des situations juridiques existantes. Il en va évidemment ainsi en cas d'annulation d'un acte adopté par les institutions de l'Union, cet acte étant réputé n'avoir jamais existé. On l'a vu, l'incertitude similaire résultant des arrêts préjudiciels, outre le fait qu'ils peuvent intervenir sans limite de temps, a amené la Cour à faire œuvre prétorienne en matière de limitation dans le temps des

¹⁴⁸⁶ J. MERTENS DE WILMARS, « Arguments de raison et arguments d'autorité... », *op. cit.*, p. 73.

effets de ses arrêts¹⁴⁸⁷. Du point de vue qui nous intéresse, il faut constater que l'enfer de l'insécurité juridique est pavé des bonnes intentions visant à y remédier. En ouvrant la boîte de Pandore du droit transitoire jurisprudentiel, la Cour de justice de l'Union a en effet créé ou dû faire face à de nouvelles situations problématiques. D'une part, les arrêts aménageant leurs propres effets sont de nature à surprendre les attentes légitimes des particuliers qui sont parties à ces procédures ou à des procédures déjà introduites et ayant le même objet, de sorte que la Cour les a généralement omis de ces limitations¹⁴⁸⁸. D'autre part, le mécanisme de modulation lui-même se révèle source d'insécurité juridique. Tout d'abord, ses conditions soit manquent de cohérence ou laissent une large marge d'appréciation au juge¹⁴⁸⁹, soit, au contraire, s'avèrent trop contraignantes et obligent le juge européen à les contourner¹⁴⁹⁰. Ensuite, la large palette des modalités d'application rend la solution à adopter largement imprévisible¹⁴⁹¹. Enfin, les incertitudes générées par

¹⁴⁸⁷ P. PESCATORE dit de l'arrêt *Defrenne*, qu'il a corédigé, qu'il est « un peu le prototype des raisonnements appuyés sur l'argument de la sécurité juridique » (« Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 34). Pour S. WEATHERILL, la Cour a procédé un revirement prospectif dans *Defrenne* afin de gérer les conséquences résultant du fait de s'être autant écartée des attentes des États membres (*Cases and Material on EU Law*, 7^e éd., O.U.P., 2006, p. 275).

¹⁴⁸⁸ Le recours à cette technique permet de désamorcer la crainte relative à l'éventuel découragement des acteurs judiciaires d'initier des procédures coûteuses et vouées à l'échec (voy. *supra*, n° 331). En 1992, l'avocat général Darmon relèvait que, depuis ses arrêts *Roquette*, la Cour avait systématiquement recouru à cette exception (ses concl. dans l'aff. C-228/92, *Roquette Frères*, pt 37 et les réf. citées). Voy. cependant C.J.U.E., 1^{er} mars 2011, *Test-Achats*, C-236/09, dans lequel la Cour n'a pas fait droit, certes dans des circonstances particulières, à ce type d'exception, qui avait pourtant été explicitement demandée par son avocat général (pt 82).

¹⁴⁸⁹ Voy. *supra*, n°s 145-150. Il semble plus difficile de remédier au second grief qu'au premier.

¹⁴⁹⁰ Tel est le cas de la condition selon laquelle la demande de limitation doit être formée dans l'arrêt même dont les effets doivent être limités. Voy. en ce sens les arrêts *Brescia* (*supra*, n° 149) et *Förster* (*supra*, n° 101).

¹⁴⁹¹ J. BOULOUIS, « Quelques observations... », *op. cit.*, p. 55; B. JURATOWITCH, « Questioning Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 411; T. KOOPMANS, « Retrospectivity Reconsidered », *op. cit.*, p. 302. Sur les différentes modalités de droit transitoire jurisprudentiel, voy. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges », *op. cit.*, p. 6-7; Th. E. FAIRFIELD, « Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only... », *op. cit.*, p. 258-267; C.S. ROGERS, « Perspectives on Prospective Overruling », *op. cit.*, p. 57-63; F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Orwell à la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 688. Voy. les hypothèses envisagées par Lord Nicholls of Birkenhead dans *National Westminster Bank vs. Spectrum Plus*,

l'utilisation de ce mécanisme font elles-mêmes l'objet d'un contentieux important¹⁴⁹², d'autant que son succès dépend souvent – et quoi qu'en dise la Cour de justice – d'enjeux financiers pour les États. Une autre technique de la Cour visant à faire évoluer le droit de l'Union de façon moins spectaculaire consiste à introduire un nouveau principe ou une nouvelle règle dans un arrêt, tout en constatant que les conditions ne sont pas réunies, en l'espèce, pour son application¹⁴⁹³. Outre le fait que cette méthode est de nature à décevoir à tout le moins les attentes d'une des parties, elle risque de poser des problèmes en termes de légalité et de transparence de la motivation de la Cour, à tout le moins dans l'hypothèse où l'inapplicabilité du nouveau principe aux faits de la cause demeure discutable.

345. — Alors que les juridictions nationales sont tenues de respecter l'autorité de chose interprétée dont sont revêtus les arrêts des juridictions de l'Union¹⁴⁹⁴, ces dernières ne s'estiment pas liées par leurs précédents¹⁴⁹⁵. Si, dans les premières années, la Cour ne citait pas

[2005] UKHL 41, § 9-11 ou celles proposées par l'avocat général Tizzano dans ses concl. dans l'aff. Meilicke e.a., C-292/04.

¹⁴⁹² Voy. *supra* la saga *Defrenne* (n^{os} 145-150). Hayek mettait déjà en garde contre le fait que les règles créées pour répondre à des attentes produisent à leur tour des attentes (voy. *supra*, n^o 278).

¹⁴⁹³ La jurisprudence de la Cour comprend plusieurs de ces revirements indolores. Voy. notamment les arrêts dans lesquels la Cour a suggéré la possibilité d'étendre sa faculté de limiter dans le temps les effets de ses arrêts aux procédures en manquement ou au droit national, sans le faire en l'espèce (*supra*, n^{os} 71-72), ou son arrêt *ICI* qui a consacré, sans le sanctionner, la possibilité d'un contrôle du délai d'action de la Commission (*supra*, n^o 49). Voy. également l'arrêt *Dunnett* du Tribunal, qui a considéré que les actions contre la BEI introduites par ses agents devaient être introduites dans un délai raisonnable, ce qui était le cas en l'espèce (*supra*, n^o 138). Sur cette pratique de la Cour, voy. R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire*, op. cit., p. 218; M.P. MADURO, *We the Court*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁹⁴ Ce qui signifie que l'interprétation donnée doit être considérée comme « s'incorporant à la disposition dont elle explicite le contenu » (J. BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. 1, p. 157). Voy. également A. DEFOSSEZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice... », op. cit., p. 75; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p. 433-438; J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », op. cit., p. 152.

¹⁴⁹⁵ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, O.U.P., Oxford, 1999, p. 529-533; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le droit transitoire jurisprudentiel... »,

souvent ses propres arrêts, même lorsqu'elle en reprenait des passages *in extenso*¹⁴⁹⁶, elle a finalement décidé d'adopter la méthode de *common law* consistant à les viser explicitement, dans un double objectif d'affirmer sa légitimité et d'établir la cohérence de sa jurisprudence. A l'évidence, cette méthode a pour vocation d'assurer la sécurité juridique à un double titre, en garantissant une unité et une continuité de la jurisprudence et en facilitant aux justiciables européens l'accès à ses enseignements. Comme le reconnaît la Cour elle-même, une « continuité interprétative » est « conforme aux exigences de sécurité juridique qui commandent de ne pas remettre en cause une jurisprudence traditionnelle de la Cour sur laquelle le législateur communautaire n'a pas entendu revenir¹⁴⁹⁷ ». La particularité de ses arrêts est de reprendre intégralement des passages de ses décisions antérieures, à titre de majeure de ses syllogismes judiciaires. Loïc Azoulai évoque ainsi la « logique formulaire » ou « logique des formules juridiques » de la Cour, qu'il définit comme « des structures argumentatives » reposant « à la fois sur des emprunts et le parasitage de formules disponibles dans les patrimoines juridiques nationaux et sur des pièces et des élaborations tirées des besoins propres du système communautaire ». Censées constituer des « éléments de permanence et de sécurisation pour les juges confrontés, du fait du renouvellement fréquent de sa composition, à l'instabilité de la juridiction et à la difficulté de maîtriser l'acquis jurisprudentiel », leur caractéristique est d'être répétées afin de transformer des informations extérieures en formulations stables du système¹⁴⁹⁸.

Si ces formules peuvent évoluer, être précisées, étendues ou limitées, le problème est que les juridictions ne maîtrisent pas toujours

op. cit., p. 126 et les réf. citées ; concl. de l'avocat général Maduro dans les aff. jtes C-94/04 et C-202/04, Cipolla et Macrino, pt 30 ; concl. de l'avocat général Fennelly dans les aff. jtes C-267/95 et C-268/95, Merck e.a., pt 139-142 ; concl. de l'avocat général Trstenjak dans l'aff. C-331-05, International Hilsfonds, pt 85.

¹⁴⁹⁶ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 531 et les réf. citées.

¹⁴⁹⁷ C.J.U.E., 23 avril 2009, Falco Privatstiftung et Rabitsch, C-533/07, pt 53.

¹⁴⁹⁸ Plusieurs de ces « formules » ont été reprises en première partie de notre étude, comme en attestent les notes de bas de page parfois très conséquentes. K. MC AULIFFE reproduit le témoignage de référendaires qui reconnaissent que leur liberté rédactionnelle est très limitée en raison du « style académique rigide » du « français de Cour » et de la pression exercée sur eux pour qu'ils répètent mot à mot les précédents, outre la facilité qu'elle procure à ceux dont ce n'est pas la langue maternelle. Selon l'un d'entre eux : « You are so bound to what has been said before that you can hardly even use a new verb or express the same thing in a slightly

leurs applications, au point parfois d'en détourner le sens, que ce soit consciemment ou non¹⁴⁹⁹. Le danger, déjà dénoncé par Hart et Cardozo, est la fossilisation de la logique formulaire, consistant en une reproduction mécanique de motifs antérieurs, pas toujours pertinents ou nécessaires pour le cas d'espèce¹⁵⁰⁰. Outre la complexification inutile de la lisibilité des arrêts qui peut en résulter¹⁵⁰¹, il arrive que la Cour se coince elle-même en cédant aux chants des sirènes des belles formules. Dans ce cas, elle offre un « mirage de prévisibilité » pour reprendre les termes de W. Leisner. L. Azoulai relève ainsi que, dans les cas les plus complexes, ces formules « apparaissent dans leur forme abstraite, dépouillées de leur intention initiale, et produisant des conséquences inattendues », comme si elles « parlaient à la place de la Cour et des préférences de ses membres¹⁵⁰² ».

different way [...] maybe one in five or six years a case will come along that might have one single paragraph saying something completely new or different » (« La traduction dans l'office des juges européens », in *Traduction et droits européens*, *op. cit.*, p. 45-50). Tel est d'autant plus le cas que la Cour de justice reformule fréquemment les questions préjudicielles qui lui sont posées.

¹⁴⁹⁹ L. AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, P. Mbongo et A. Vaucher (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 164-166. Sur la logique formulaire, voy. également O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 408.

¹⁵⁰⁰ B.N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, *op. cit.*, p. 11 : « We may think the law is the same if we refuse to change the formulas. The identity is verbal only. The formula has no longer the same correspondence with reality ». Hart fait grief aux formalistes de « figer la signification de la règle de telle façon que ses termes généraux possèdent la même signification dans toutes les situations où il est question de l'appliquer » (*Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 148).

¹⁵⁰¹ Dans un arrêt *Mbanga*, le tribunal a consacré de longs paragraphes afin de résumer une grande partie de la jurisprudence européenne relative au principe de confiance légitime, alors qu'il n'avait besoin que de certains éléments pour répondre au grief fondé sur ce principe (T.U.E., 13 novembre 2008, Société des plantations de Mbanga, T-128/05, pts 146-151 et 155-159). L'ancien juge de la Cour J.-P. PUISOCHET critique ce qui « décourage le sain exercice du recommencement, sur chaque litige, d'un raisonnement de pur droit à partir d'une hiérarchie des normes aussi dégagée que possible des scories de l'anecdote », la doctrine du précédent étant « porteuse d'une restriction mentale et d'une subjectivité proche du narcissisme, qui gêne, sinon empêche, la perception du substrat téléologique de la norme examinée » et « inhibe également la capacité des juges à mettre sur pied des visions claires et sans a priori de l'état de droit » (« Des traités et des juges... », *op. cit.*, p. 319).

¹⁵⁰² L. AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 167.

Les belles déclarations de la Cour dans l'arrêt *Simmenthal*, selon lesquelles est « incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire¹⁵⁰³ » ont été répétées à l'envi par la suite¹⁵⁰⁴. Elles n'ont cependant pu se voir suivies d'effets dans la pratique, du moins dans la mesure annoncée par leur caractère absolu. Elles paraissent ainsi difficilement compatibles avec la tolérance des juridictions de l'Union envers les délais nationaux de prescription ou leur bienveillance à l'égard de l'autorité nationale de chose jugée¹⁵⁰⁵.

De façon plus problématique, il arrive que les juridictions européennes imputent à des décisions antérieures des motifs qu'elles ne contiennent pas ou qui sont pertinents dans un contexte différent, donnant à tort l'impression d'une continuité interprétative. Deux exemples illustrent cette pratique¹⁵⁰⁶. Lorsque le Tribunal affirme que, « selon une jurisprudence constante (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 12 décembre 1985, *Sideradria/Commission*, [...], et du 16 mai 1991, *Commission/Pays-Bas*, [...]), nul ne peut avoir une confiance légitime dans le maintien d'une situation illégale ni, dès lors, fonder une telle confiance sur une carence éventuelle des États membres dans la transposition et la mise en oeuvre effective d'une directive du Conseil¹⁵⁰⁷ », soit il commet une erreur, soit il procède à un revirement implicite dès lors que ces arrêts se contentent de considérer que le principe de confiance légitime ne peut être « invoqué par une entreprise qui s'est

¹⁵⁰³ Sur cet arrêt, voy. *infra*, n° 366 (nous soulignons). Comp. l'arrêt *Les Verts*, qui a consacré l'intérêt à agir du Parlement européen, et l'arrêt *UPA*, qui a refusé le revirement proposé par le Tribunal en ce qui concerne l'intérêt à agir des particuliers (*infra*, note n° 1814). La Cour s'est, de la même façon, quelque peu exposée en adoptant ses célèbres arrêts *Cassis de Dijon* (20 février 1979, aff. 120/78) et *Dassonville* (11 juillet 1974, aff. 8/74), comme en témoigne l'arrêt *Keck et Mithouard* (sur cet arrêt, voy. *infra*, n° 350).

¹⁵⁰⁴ Voy. notamment C.J.U.E., 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, pt 20 ; 22 juin 2010, *Melki*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, pt 44 ; 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, pt 56.

¹⁵⁰⁵ Voy. *supra*, n°s 61 et 75.

¹⁵⁰⁶ Voy. également l'arrêt *Jungbunzlauer*, *infra* n° 362.

¹⁵⁰⁷ T.U.E., 11 janvier 2002, *Biret International*, T-174/00, pt 54 (les références aux arrêts sont simplifiées).

rendue coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur¹⁵⁰⁸ ». Le fait de refuser le bénéfice de la confiance légitime à une entreprise qui a manifestement violé le droit applicable n'entraîne en effet pas nécessairement que ce principe ne puisse être invoqué pour obtenir le maintien d'une situation illégale. Lorsque le tribunal répète ensuite ce motif dans une décision ultérieure en se référant à son premier arrêt¹⁵⁰⁹, il établit des principes qu'il a justifiés par une jurisprudence de la Cour qui ne les exprime pas¹⁵¹⁰.

Le second exemple va dans le même sens. Depuis un arrêt *Forvass*, les conditions de la confiance légitime sont plus exigeantes pour les fonctionnaires¹⁵¹¹, sans que cette différence de traitement n'ait été justifiée par le Tribunal. Il est intéressant à cet égard de citer le motif déterminant de l'arrêt :

Le droit de réclamer la protection de la confiance légitime suppose la réunion de trois conditions. Premièrement, des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration communautaire (arrêt du Tribunal du 21 juillet 1998, *Mellet* [...]). Deuxièmement, ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent [...]. Troisièmement, les assurances données doivent être conformes aux normes applicables (arrêt de la Cour [...] *Vlachou* [...], et arrêt *Chomel* [...])¹⁵¹².

En ce qui concerne la première condition, le Tribunal vise un arrêt *Mellet*, dans lequel il devait vérifier si l'administration avait donné au requérant des « assurances précises » et, si tel était le cas, si elles

¹⁵⁰⁸ C.J.U.E., 12 décembre 1985, *Sideradria*, 67/84, pt 21 ; 16 mai 1991, *Commission/ Pays-Bas*, C-96/89, pt 30.

¹⁵⁰⁹ T.U.E., 9 juillet 2009, *Ristic e.a.*, T-238/07, pt 80.

¹⁵¹⁰ Il est vrai qu'il existe, depuis un arrêt *Krücken* du 26 avril 1988 (aff. 316/86, pt 24), une jurisprudence de la Cour selon laquelle le principe de confiance légitime ne peut être invoqué contre une disposition précise d'un texte de droit de l'Union (voy. *supra*, n°96). Cet arrêt se réfère cependant à un arrêt *Thyssen* du 16 novembre 1983 (aff. 188/82, pt 11), dans lequel la Cour avait jugé qu'un comportement fautif d'une institution communautaire ne pouvait fonder une confiance légitime, ainsi qu'à un arrêt *Maizena* du 15 décembre 1982 (aff. 5/82, pt 22), dans lequel elle avait décidé qu'il en était de même d'une pratique d'un État membre non conforme à la réglementation communautaire. Là encore, le glissement est manifeste.

¹⁵¹¹ Voy. *supra*, n° 92.

¹⁵¹² T.U.E., 6 juillet 1999, *Forvass*, T-203/97, pt 70.

avaient pu créer des attentes raisonnables. Après une analyse de l'information donnée par l'administration, le Tribunal avait constaté que, dès lors qu'elle était « précise, inconditionnelle et concordante » et venait de « sources autorisées et fiables », il en résultait que le requérant s'était vu fournir des « assurances précises¹⁵¹³ ». Le fait que de telles circonstances *suffisent* à mériter une telle qualification ne signifie pas qu'elles sont *nécessaires* pour conclure à l'existence d'« assurances précises ». Si on creuse davantage, on constate que cette exigence résulte d'un arrêt *Chomel*, dans lequel le Tribunal se référait aux conclusions de deux avocats généraux. Si l'avocat général Capotorti visait en effet la notion d'« assurances précises¹⁵¹⁴ », il citait cependant un arrêt du 5 juin 1973¹⁵¹⁵ qui n'évoquait pas cette condition. Quant à l'avocat général Werner, il se contentait d'affirmer qu'« il ne peut cependant faire de doute qu'hormis peut-être des circonstances pouvant fonder une « *estoppel* » (ce qui n'est pas le cas des circonstances de la cause telle qu'elle a été plaidée), les assurances données par le greffier ne sauraient lier la défenderesse dans l'exercice de ses compétences d'autorité investie du pouvoir de nomination¹⁵¹⁶ ».

En ce qui concerne la condition selon laquelle les assurances données doivent être conformes aux normes applicables, l'arrêt *Forvass* se réfère à un arrêt *Vlachou*, selon lequel des promesses qui ne tiendraient pas compte des dispositions régissent la procédure de concours des fonctionnaires ne sauraient créer une confiance légitime dans le chef du requérant¹⁵¹⁷, et à l'arrêt *Chomel* précité, qui a estimé que la confirmation par les services de la Commission de droits revendiqués par un de ses fonctionnaires n'avait pu créer une situation de confiance légitime, « aucun fonctionnaire d'une institution communautaire ne pouvant valablement s'engager à ne pas appliquer le droit communautaire¹⁵¹⁸ ». Malgré le caractère abusif de ces références aux précédents, dont atteste

¹⁵¹³ T.U.E., 21 juillet 1998, Mellett, T-66/96 et T-221/97, pts 105-107. Voy. également T.U.E., 18 janvier 2000, Mehibas, T-290/97, pt 59; 27 juin 2000, Meyer, T-72/99, pt 54; 11 septembre 2002, Pfizer, T-13/99, pt 492.

¹⁵¹⁴ Concl. de l'avocat général Capotorti dans l'aff. 268/80, Guglielmi/Parlement, *Rec.* 1981, p. 2307.

¹⁵¹⁵ C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, *Rec.* p. 575.

¹⁵¹⁶ Concl. de l'avocat général Warner dans l'aff. 2/80, Dautzenberg, *Rec.* 1980, p. 3121.

¹⁵¹⁷ C.J.U.E., 6 février 1986, Vlachou, aff. 162/84, pt 6. Voy. également C.J.U.E., 26 avril 1988, Krücken, aff. 316/86, pt 23; T.U.E., 16 octobre 1996, Efisol, T-336/94, pt 36.

¹⁵¹⁸ T.U.E., 27 mars 1990, Chomel, T-123/89, pt 28. Voy. également T.U.E., 17 décembre 1992, Holtbecker, T-20/91, pts 53-54.

notre brève archéologie jurisprudentielle, la jurisprudence du tribunal semble de plus en plus recourir aux critères précités, même dans des litiges ne mettant pas en cause des fonctionnaires¹⁵¹⁹. Du point de vue de la sécurité juridique, on perçoit aisément le subterfuge qui consiste à introduire des principes nouveaux tout en insinuant qu'ils s'inscrivent dans une continuité interprétative artificielle ou, à tout le moins, forcée. Ce détournement de logique formulaire n'est, cependant, pas nécessairement intentionnel et peut parfois s'expliquer par une fidélité induite au « sentier » jurisprudentiel, qui masque en réalité un revirement de jurisprudence¹⁵²⁰.

346. — Lorsque la Cour se refuse à suivre ses précédents, elle surprend en effet les justiciables qui ont, le cas échéant, fondé des attentes ou adopté des comportements sur la base de ceux-ci. Or, si le revirement heurte la sécurité juridique, son occultation l'aggrave¹⁵²¹. La franchise de la Cour à cet égard est rarissime. Dans son arrêt *Hag I*, la Cour avait mis en place la doctrine de l'origine commune en matière de propriété industrielle et commerciale. Saisie vingt ans plus tard d'un recours opposant les mêmes parties au sujet du même type de litige, la Cour décida, dans son arrêt *Hag II*, de modifier explicitement sa jurisprudence en supprimant cette doctrine, expliquant qu'elle estimait « nécessaire de reconsidérer l'interprétation retenue dans cet arrêt à la lumière de la jurisprudence qui s'est établie progressivement dans le domaine

¹⁵¹⁹ Voy. *supra*, n° 92.

¹⁵²⁰ Dans le même sens, voy. L. COUTRON, « L'identification du revirement en droit de l'Union européenne et la normativité de la jurisprudence », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen, op. cit.*, p. 88-89. Dans la jurisprudence de la Cour comme dans celle des juridictions nationales, il est possible d'identifier des phénomènes de *path dependence* (sur ce phénomène, voy. *supra*, n° 333). Certes, il n'est pas évident de deviner ce que serait devenue une jurisprudence si le premier cas soumis à la Cour avait été différent. Il est intéressant de consulter l'exemple proposé par K. LENAERTS et T. CORTHAUT à partir de l'affaire *Pupino* (« Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law », in *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, S. Prechal et B. van Roermund (eds), O.U.P., 2008, p. 506). On peut se demander si certains des grands arrêts de la Cour n'ont pas été facilités par le caractère relativement inoffensif ou peu sensible politiquement des faits de la cause. L'affaire *Van Gend & Loos* concernait la taxation de l'importation aux Pays-Bas d'urée formaldéhyde.

¹⁵²¹ Pour des revirements implicites en matière de sécurité juridique et de confiance légitime, voy. notamment les arrêts *ICI* (*supra*, n° 49) ; *Lucchini* (*supra*, n° 151) ; *Salzgitter* (*supra*, n° 110) ou la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Emmott* (*supra*, n° 140).

des rapports entre la propriété industrielle et commerciale et les règles générales du traité, notamment dans le domaine de la libre circulation des marchandises¹⁵²² ». Dans le célèbre arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour a jugé que, « contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici », il y avait lieu de soustraire à sa sanction un certain nombre de mesures nationales, qui auraient pu être considérées comme des entraves au marché intérieur selon sa jurisprudence antérieure¹⁵²³. Il est vrai que la Cour se permet parfois d'annoncer des revirements de jurisprudence tout en constatant que les conditions de son application ne sont, en l'espèce, pas réunies. M. Maduro relève qu'elle n'a pas hésité à planter dans ses arrêts des revirements « pour l'avenir » dès les premières années de son activité¹⁵²⁴. Enfin, dans certains cas, le revirement se fait peu à peu, s'étalant sur plusieurs décisions¹⁵²⁵.

b) Le poids du présent

347. — Comme l'a rappelé la Cour dans son arrêt *Defrenne II*, « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin¹⁵²⁶ ». Si l'influence du contexte politique, économique et social est majeure dans tout ordre juridique, tel est particulièrement le cas dans la jurisprudence de Luxembourg, qui est partagée entre les agendas des États membres, les intérêts des particuliers et cette entité

¹⁵²² C.J.U.E., 17 octobre 1990, HAG, C-10/89, pt 10. Il est vrai que la Cour avait été invitée à faire preuve d'une telle honnêteté par l'avocat général Jacobs qui estimait que « dans l'intérêt de la sécurité juridique », la Cour devrait « déclarer clairement [...] qu'elle renonce à la théorie de l'identité d'origine établie dans l'arrêt HAG I [...] même si la Cour ne l'a jamais fait explicitement auparavant » (ses conclusions, pt 67).

¹⁵²³ Voy. *infra*, note 1567. Pour un revirement plus subtil, sur la base des « éléments nouveaux » présentés par plusieurs États et par la Commission, voy. C.J.U.E., 16 mai 2000, Belgique/Espagne, C-388/95, pts 51-52. Comp. également les arrêts « Comitologie » (C.J.U.E., 27 septembre 1988, Parlement/Conseil, aff. 302/87, pt 28) et « Tchernobyl » (C.J.U.E., 22 mai 1990, Parlement/Conseil, C-70/88, pt 27).

¹⁵²⁴ M. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 10. Voy. également *supra*, n° 344. Cette dernière méthode paraît peu compatible avec la jurisprudence de la Cour selon laquelle sa mission n'est pas de « formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres » (C.J.U.E., 16 décembre 1981, Foglia, aff. 244/80, pt 18).

¹⁵²⁵ Pour des exemples, voy. M. WATHELET, « Le revirement à la Cour de justice de l'Union européenne », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, *op. cit.*, p. 100-105.

¹⁵²⁶ C.J.U.E., 8 avril 1976, Defrenne, aff. 43/75, pt 71.

mystérieuse, que l'on a longtemps appelée « l'intérêt communautaire » et que le traité de Lisbonne nous a invités à requalifier d'« intérêt de l'Union ¹⁵²⁷ ». Ce dernier joue un rôle important dans la jurisprudence, pesant presque toujours dans les balances d'intérêts opérées par la Cour, que ce soit de façon subreptice ou assumée. Par ailleurs, les évolutions de la société sont de nature à avoir un impact sur le développement du droit de l'Union, comme en ont témoigné les débats relatifs aux questions sociales lors de l'adoption du projet de constitution européenne et du traité de Lisbonne et le caractère sensible de certains arrêts de la Cour ¹⁵²⁸. Il en résulte que la direction que prend une jurisprudence dépend en partie des contextes spécifiques dans lesquels les arrêts importants sont rendus, diminuant d'autant la capacité de la norme à déterminer à l'avance son application ¹⁵²⁹. Quelques exemples choisis permettent de confirmer cette limite supplémentaire à la prétention cartésienne du droit et éclairent certains problèmes relevés dans la première partie de notre étude ¹⁵³⁰.

348. — Les premières années de l'histoire de la Cour révèlent une certaine euphorie jurisprudentielle ¹⁵³¹, avec des arrêts fondamentaux comme les arrêts *Van Gend en Loos* ou *Costa/ENEL*, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir ¹⁵³². Il est vrai que, comme souvent, la Cour semblait vouloir compenser une période de morosité politique, en l'es-pèce la crise de la Communauté résultant de l'échec des négociations

¹⁵²⁷ Voy. par exemple C.J.U.E., 21 décembre 2011, Cicala, C-482/10, pt 18 ; 10 novembre 2011, Commission/Portugal, C-212/09, pt 91. Sur l'intérêt de l'Union, voy. *infra*, n^{os} 381-383. Pour une analyse de l'interaction complexe et paradoxale entre droit et politique dans le développement de l'Union, voy. J.H.H. WEILER, « The transformation of Europe », *op. cit.*, p. 16-38. Sur l'insécurité générée par le caractère essentiellement économique du droit de l'Union, voy. L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 35.

¹⁵²⁸ Voy. notamment C.J.U.E., 11 décembre 2007, Viking, C-438/05 et 18 décembre 2007, Laval, C-341/05.

¹⁵²⁹ Sur l'intervention de raisons politiques, morales ou économiques dans le raisonnement de la Cour, voy. L. AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 162.

¹⁵³⁰ L'exercice, proposé ici à titre d'aperçu, gagnerait sans doute à être étendu. Il s'agit cependant d'un projet de recherche à part entière qui dépasse la portée de notre étude.

¹⁵³¹ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 538 et s.

¹⁵³² Voy. *infra*, n^{os} 365-366.

avec le Royaume-Uni en janvier 1963¹⁵³³. Ces années « révolutionnaires » de la Cour, qui portent la marque de ses premiers juges¹⁵³⁴, pourraient, paradoxalement, s'expliquer par son relatif isolement et le peu d'attention qui lui était accordée par les juridictions nationales¹⁵³⁵. De même, les critères posés par la Cour en matière de rétroactivité s'éclairent à la lumière de la période turbulente du début des années 1970, qui va mener à la crise monétaire internationale du printemps 1973 et à l'instauration des mécanismes de montants compensatoires monétaires (MCM). C'est dans ce « secteur tourmenté¹⁵³⁶ » que la Cour va développer sa jurisprudence relative au principe de rétroactivité¹⁵³⁷. Ce contexte aide à comprendre – à défaut de justifier – la décision dans laquelle la Cour a accepté qu'un règlement fixant de tels montants, publié au *Journal officiel* du 7 avril 1973, soit appliqué à une importation faite le 22 mars 1973 et que la Cour estime qu'une « telle fixation des montants compensatoires pour des périodes déjà révolues

¹⁵³³ F.C. MAYER, « *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community Law* », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poiars Maduro et L. Azoulai (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 21.

¹⁵³⁴ Pierre PESCATORE écrivait en 1960 que « ce qui est justifié par la sécurité juridique nous apparaît indiscutable, inversement ce qui mettrait en danger la sécurité juridique nous paraît devoir être écarté sans hésitation possible » (*Introduction à la science du droit, op. cit.*, p. 414). Il est difficile de ne pas remarquer que, dès 1969, soit deux ans après son entrée en fonction à la Cour, le principe de sécurité juridique se voyait accorder un impact significatif sur l'issue d'un arrêt (C.J.U.E., 9 juillet 1969, Portelange, aff. 10/69, *Rec.* p. 309). Le même Pescatore aurait affirmé que le juge Robert Lecourt avait été le moteur de la révolution opérée par la Cour dans *Van Gend en Loos* (M. RASMUSSEN, « From *Costa v Enel* to the Treaties of Rome: a Brief History of a Legal Revolution », in *The Past and Future of EU Law, op. cit.*, p. 77). De telles supputations ne peuvent toutefois être émises qu'avec prudence. M.-P. GRANGER relève qu'en raison de l'absence d'opinions dissidentes, du devoir de réserve et du secret des délibérations de la Cour, il est « quasiment impossible d'étudier de façon scientifique l'influence des membres individuels sur la formation des préférences de la CJCE, et sur le contenu des arrêts » (« Les stratégies contentieuses des États devant la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen, op. cit.*, p. 55).

¹⁵³⁵ J.H.H. WEILER, « The Least Dangerous Branch... », *op. cit.*, p. 212-214; A. VAUCHEZ, « Conclusion: le magistère de la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen, op. cit.*, p. 224-225. Ce dernier évoque l'anecdote selon laquelle les juges sortaient le champagne à chaque nouvelle question préjudicielle.

¹⁵³⁶ Selon les termes de l'avocat général Capotorti dans ses concl. dans l'aff. 146/77, *British Beef Company* (*Rec.* p. 1357).

¹⁵³⁷ Sur la question, voy. V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux, op. cit.*, p. 497-498.

au moment de la fixation ne saurait [...] être qualifiée d'application rétroactive¹⁵³⁸ ». L'inconfort de telles solutions et le manque de critères avaient pourtant amené l'avocat général Warner à proposer, dans ses conclusions précédant cet arrêt, des conditions plus strictes pour apprécier la légalité de la rétroactivité. Il suggérait d'adopter le test du *Bundesverfassungsgericht*, selon lequel « une loi ne peut avoir d'effet rétroactif dans la mesure où cette rétroactivité porterait atteinte à la confiance légitime » ainsi que l'exigence, existant dans d'autres États membres, selon laquelle « une loi sera considérée comme ayant un effet rétroactif uniquement si cette rétroactivité est prévue par les termes de la loi soit expressément soit de façon implicite¹⁵³⁹ ». Quelques années plus tard, la Cour a adopté ces conditions dans ses arrêts *Racke*, *Decker* et *Salumi*¹⁵⁴⁰.

349. — Si l'abandon progressif du compromis de Luxembourg avait pu laisser présager une baisse proportionnelle de l'activisme de la Cour, celle-ci a bénéficié de l'atmosphère positive entourant l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1987, de l'Acte unique européen, reflétée dans les arrêts *Von Colson*, *Marleasing* et *Francovich*¹⁵⁴¹. Alors que l'invocation des principes de sécurité juridique et de confiance légitime n'avait, proportionnellement, eu qu'un succès limité depuis la création de la

¹⁵³⁸ C.J.U.E., 7 juillet 1976, IRCA, aff. 7/76, pt 24 (sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 130).

¹⁵³⁹ Ses concl. dans l'aff. 7/76, IRCA, *Rec.* p. 1238-1239. Il concluait à l'invalidité du règlement rétroactif.

¹⁵⁴⁰ Sur ces arrêts, voy. *supra*, n° 46.

¹⁵⁴¹ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 548. Le compromis de Luxembourg avait succédé en 1966 à la politique française de la chaise vide et imposait l'unanimité sur les questions importantes. Pour un aperçu des différentes périodes dans l'histoire de la Cour, qui tend à alterner maximalisme et minimalisme judiciaire, voy. M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, « Introduction. The Past and Future of EU Law », in *The Past and Future of EU Law*, *op. cit.*, p. xvii ; J.-P. PUISOCHET, « Des traités et des juges... », *op. cit.*, p. 314 ; J.H.H. WEILER, « The transformation of Europe », *op. cit.*, p. 10-101. M. Maduro relève qu'à l'activisme judiciaire de construction du marché des premières années, pendant lequel la Cour a voulu défaire le « *path dependence* » des agents envers les systèmes nationaux, a succédé un activisme de maintien du système et de réduction de l'insécurité juridique (*We the Court*, *op. cit.*, p. 88-98).

Cour de justice¹⁵⁴², les années 1987 à 1991 marquent leur apogée¹⁵⁴³. Sur la base du premier, la Cour a annulé des règlements qui omettaient de mentionner expressément leur base légale¹⁵⁴⁴, donné raison à des États membres confrontés à une réglementation de l'Union ne leur permettant « ni de connaître ni de prévoir avec certitude » l'étendue « des obligations qu'elle leur impose¹⁵⁴⁵ » ou limité dans le temps les effets d'un arrêt¹⁵⁴⁶. Dans *Kolpinghuis*, la Cour a rattaché l'interdiction de l'effet direct horizontal des directives à la sécurité juridique et, dans *Foto-frost*, elle a utilisé ce principe pour fonder son monopole relatif à la déclaration d'invalidité du droit dérivé¹⁵⁴⁷. Elle a également jugé contraire au principe de sécurité juridique des dispositions nationales de transposition qui se caractérisaient par une trop grande généralité¹⁵⁴⁸ ou manquaient de clarté et de précision¹⁵⁴⁹, ainsi que le fait pour un État membre d'invoquer l'inexistence d'une pratique incompatible avec une directive contenant des dispositions contraignantes¹⁵⁵⁰.

S'agissant du principe de confiance légitime, la Cour a admis, dans ses arrêts *Royaume-Uni/Commission*, *Ferriere San Carlo* et *Fingruth*, qu'une simple pratique de la Commission pouvait fonder une telle confiance¹⁵⁵¹. Dans l'arrêt *RSV*, elle considéra que le fait

¹⁵⁴² P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 35 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 251 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 575 ; E. SHARPSTON, « Legitimate Expectations and Economic Reality », *op. cit.*, p. 143.

¹⁵⁴³ Sans tirer de conclusion hâtive, on constate une certaine récurrence dans les noms de juges ayant siégé dans ces affaires, dont certains ne nous sont pas inconnus, comme T. Koopmans (9 arrêts) et G.C. Rodríguez Iglesias (11 arrêts). Durant cette période, la Cour a même rendu une des rares décisions où elle a accepté l'existence d'un droit acquis (C.J.U.E., 31 mai 1988, Rousseau, aff. 167/86, pts 10-17).

¹⁵⁴⁴ C.J.U.E., 26 mars 1987, Commission/Conseil, aff. 45/86 ; 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91. Sur ces arrêts, voy. *supra*, n^{os} 27 et 84.

¹⁵⁴⁵ C.J.U.E., 15 décembre 1987, Pays-Bas/Commission, aff. 237/86, pts 19-20.

¹⁵⁴⁶ C.J.U.E., 2 février 1988, Blaizot, aff. 24/86, pts 30-35 ; 29 juin 1988, Van Landschoot, aff. 300/86, pts 22-24. Sur ces arrêts, voy. *supra*, n^{os} 70 et 147.

¹⁵⁴⁷ C.J.U.E., 8 octobre 1987, Kolpinghuis, aff. 80/86, pt 13 ; 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, pt 15. Sur ces arrêts, voy. *supra*, n^{os} 27, 64 et 77.

¹⁵⁴⁸ C.J.U.E., 17 septembre 1987, Commission/ Pays-Bas, aff. 291/84, pt 15 (*supra*, n^o 28).

¹⁵⁴⁹ C.J.U.E., 21 juin 1988, Commission/Italie, aff. 257/86, pts 12-13 (*supra*, n^o 116).

¹⁵⁵⁰ C.J.U.E., 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas, C-339/87, pt 22 (*supra*, n^o 28).

¹⁵⁵¹ C.J.U.E., 1^{er} octobre 1987, Royaume-Uni/Commission, aff. 84/85, pt 26 ; 12 novembre 1987, Ferriere San Carlo, aff. 344/85, pts 12 et 13 ; 5 octobre 1988, Fingruth, aff. 129/87. Sur ces arrêts, voy. *supra*, n^{os} 33, 92, 96, 123 et 192.

pour la Commission d'attendre 26 mois avant de prendre une décision au sujet d'une aide d'État pouvait fonder une confiance légitime de nature à empêcher la restitution de cette aide¹⁵⁵². Les années qui ont suivi ont connu la saga des producteurs de lait¹⁵⁵³ et l'arrêt *Crispoltoni*, dans lequel la Cour a jugé qu'une réglementation comportant des conséquences négatives pour certains opérateurs économiques avait porté atteinte à leur confiance légitime, alors même que ces mesures étaient prévisibles¹⁵⁵⁴. Dans son arrêt *Sofrimport*, elle a condamné la Communauté à indemniser une société du préjudice subi du fait de la violation du principe de confiance légitime¹⁵⁵⁵. Enfin, dans un arrêt du 26 février 1987, la Cour a annulé une décision retirant, après un délai de deux ans, une décision illégale, la Commission n'ayant pas suffisamment tenu compte de la confiance du requérant en la légalité de cette décision¹⁵⁵⁶.

350. — Le traité de Maastricht est adopté en 1992, dans un contexte complexe qui oppose une volonté des États membres d'approfondir l'intégration politique et une inquiétude croissante relative à la légitimité de la construction européenne. Ces tendances contradictoires se traduiront par la transformation de la structure européenne en trois piliers : les Communautés européennes, dans lesquelles le recours au vote à majorité qualifiée sera élargi, la Politique étrangère et de sécurité commune et la Coopération policière et judiciaire en matière pénale, essentiellement vouées à rester dans un cadre intergouvernemental plus ou moins immunisé contre le contrôle de la Cour. Si le besoin de légitimité de la construction européenne s'est traduit par la confirmation de l'approche de la Cour par rapport aux droits fondamentaux, grâce à leur consécration dans les traités, il a également inauguré un respect croissant pour l'autonomie des États membres¹⁵⁵⁷. Cette évolution, qui

¹⁵⁵² C.J.U.E., 24 novembre 1987, RSV, aff. 223/85, pt 17. Sur cet arrêt, voy. *supra*, n^{os} 49 et 127 ; E. SHARPSTON, « Legitimate Expectations and Economic Reality », *op. cit.*, p. 121 ; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 510.

¹⁵⁵³ Voy. *supra*, n^o 124.

¹⁵⁵⁴ C.J.U.E., 11 juillet 1991, *Crispoltoni*, C-368/89, pt 21 (*supra*, n^o 46). Comparer avec C.J.U.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89 (*supra*, n^o 99).

¹⁵⁵⁵ C.J.U.E., 26 juin 1990, *Sofrimport*, C-152/88, pts 26-29 (*supra*, n^{os} 44 et 96).

¹⁵⁵⁶ C.J.U.E., 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo*, aff. 15/85, pts 12-17 (*supra*, n^{os} 38-39).

¹⁵⁵⁷ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 550-553.

va freiner l'activisme de la Cour¹⁵⁵⁸, marque la fin de l'âge d'or des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, instruments privilégiés d'intervention du juge dans les décisions des autres institutions de l'Union. Comme le relève l'ancien juge et actuel avocat général M. Wathelet, « nul doute que les prétoires ne sont pas imperméables à l'eurosepticisme ambiant¹⁵⁵⁹ ».

A cette époque, la Cour adopte son célèbre arrêt *Keck et Mithouard*, dans lequel elle déclare que certaines modalités de vente ne sont pas de nature à entraver le commerce entre les États membres, malgré la large définition donnée par ses arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon*¹⁵⁶⁰. Alors que, dans son arrêt *Emmott* du 25 juillet 1991, la Cour avait jugé qu'un État membre ne pouvait opposer un délai de prescription à l'invocation de droits conférés par une directive avant sa transposition¹⁵⁶¹, la jurisprudence de la Cour postérieure à Maastricht tentera de faire marche arrière, enfermant cette affaire dans ses circonstances particulières. La rigueur de l'arrêt *TWD*, prononcé en 1994, gagne également à se lire à la lumière d'un contexte dans lequel la Commission rencontrait de grandes difficultés pour contraindre les autorités allemandes à récupérer des aides illégales¹⁵⁶². Plus récemment, la Cour s'est montrée assez sévère dans l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime¹⁵⁶³.

351. — Ce bref aperçu historique permet d'illustrer l'influence du contexte sur la jurisprudence des juridictions de l'Union, qui réduit à proportion la capacité des normes européennes à déterminer à l'avance,

¹⁵⁵⁸ Sur les raisons de la fragilisation de la position de la Cour après Maastricht, voy. J.H.H. WEILER, « The Least Dangerous Branch... », *op. cit.*, p. 207-217.

¹⁵⁵⁹ M. WATHELET, « Le revirement à la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁶⁰ C.J.U.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, pt 16. M. Maduro explique ce revirement par un changement de philosophie de la Cour, qui s'apparente davantage à une réforme qu'à une révolution et s'explique par l'augmentation de la charge de travail de la Cour, mais également par l'atmosphère politique générale, opposée à l'activisme judiciaire (*We the Court*, *op. cit.*, p. 79-88). Voy. également les raisons invoquées par l'avocat général Tesaro dans ses concl. dans l'aff. C-292/92, *Hunermund* (*Rec.* p. 6812-6815).

¹⁵⁶¹ C.J.U.E., 25 juillet 1991, *Emmott*, C-208/90, pts 21-22. Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 140 et *infra*, n° 437.

¹⁵⁶² C. NAOMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, *op. cit.*, n° 479 et les réf. citées. Sur l'arrêt *TWD*, voy. *supra*, n° 58 et 143, et *infra*, n° 485.

¹⁵⁶³ Voy. les arrêts *Dansk Rörindustri* (avec certaines nuances), *Salzgitter et Archer*, *supra* n° 99 et 110.

et de façon mécanique, leur application. Au contraire, l'issue juridictionnelle dépend manifestement d'éléments qui lui échappent. Parmi ceux-ci, l'interprétation révèle une étonnante imprévisibilité.

2. L'imprévisible interprétation européenne

352. — En droit de l'Union comme en droit national, l'absence d'ordre de priorité des quatre méthodes d'interprétation traditionnelles (historique, littérale, systémique et téléologique) est source d'incertitude en ce qui concerne l'issue de la démarche interprétative¹⁵⁶⁴, comme en témoigne le désaccord de la doctrine sur la façon dont la Cour de justice les mobilise.

353. — Alors que certains auteurs considèrent qu'elle y recourt sans préférence ou exclusivité¹⁵⁶⁵, d'autres omettent la méthode *historique* de son arsenal rhétorique¹⁵⁶⁶. Il est vrai qu'à l'origine, elle n'utilisait que très peu les travaux préparatoires du droit primaire et secondaire¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ Voy. *supra*, n° 318.

¹⁵⁶⁵ X. GROUSSOT, *General principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁶⁶ E. PAUNIO et S. LINDROOS-HOVINHEIMO, « Taking Language Seriously... », *op. cit.*, p. 399. J. Boulouis ajoute aux autres méthodes d'interprétation précitées celle « d'intégration sélective des sources extérieures » de la Cour (« A propos de la fonction normative de la jurisprudence... », *op. cit.*, p. 154). Dans un arrêt *Reed*, la Cour a également invoqué une méthode évolutive, voire sociologique : « une interprétation de notions juridiques fondée sur l'évolution de la société doit se faire par un examen de la situation dans l'ensemble de la Communauté, et non pas de celle d'un seul État membre » (C.J.U.E., 17 avril 1986, *Reed*, aff. 59/85, pt 13). Sur la pratique du Conseil de conclure des « accords secrets » d'interprétation du droit dérivé, voy. T.C. HARTLEY, « Five Forms of Uncertainty in European Community Law », *Cambridge L.J.*, 1996, p. 275-278.

¹⁵⁶⁷ G. CONWAY, « Levels of Generality... », *op. cit.*, p. 792. L'avocat général Trstenjak a confirmé que l'interprétation historique ne jouait « qu'un rôle secondaire dans l'interprétation des dispositions communautaires », la portée juridique d'une règle du droit de l'Union ne pouvant « résulter que de cette règle elle-même, compte tenu de son contexte et de sa finalité » (ses concl. dans l'aff. C-404/06, *Quelle*, pt 59). Il est vrai que le recours aux travaux préparatoires posait problème eu égard à leur manque d'accessibilité (A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 538). Déjà dans un arrêt *Simon* du 1^{er} juin 1960, la Cour avait constaté qu'à « défaut de travaux préparatoires exprimant clairement l'intention des auteurs de la disposition », elle ne pouvait « se baser que sur la portée du texte tel qu'il a été établi et lui donner le sens qui ressort de son interprétation littérale et logique » (aff. 15/60, *Rec.* p. 243). Les avocats généraux se sont davantage référés aux travaux préparatoires, ce qui a eu une influence indirecte sur la Cour (S. SCHONBERG et K. FRICK, « Finishing, refining, polishing: on the use of travaux préparatoires as an aid to the interpretation of Community legislation », *E.L.R.*, 2003, p. 169).

Comme le relève M. Maduro¹⁵⁶⁸, la Cour n'a invoqué, dans son arrêt fondateur *Van Gend & Loos*, que les méthodes d'interprétation téléologique, systématique et littérale lorsqu'elle a affirmé que, pour apprécier les dispositions d'un traité international, il fallait « en envisager l'esprit, l'économie et les termes »¹⁵⁶⁹. Cette formule, légèrement adaptée, a été reprise par la suite dans une jurisprudence constante, aux termes de laquelle il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, de tenir compte à la fois de ses termes, de son contexte et de ses objectifs¹⁵⁷⁰. Dans un arrêt *Reyners*, la Cour a complètement négligé l'argument fondé sur les travaux préparatoires du traité CEE, qui avait été soulevé par une des parties¹⁵⁷¹. Dans un autre arrêt, la Commission a confirmé que l'interprétation « historique ne jouant guère de rôle dans le droit communautaire, il serait inutile d'en appeler aux intentions des auteurs du traité »¹⁵⁷².

Cette position tend cependant à changer, depuis une dizaine d'années, la Cour se référant de plus en plus aux travaux préparatoires, notamment des directives¹⁵⁷³. Dans des conclusions récentes, l'avocat général

¹⁵⁶⁸ M.P. MADURO, « Interpreting European Law... », *op. cit.*, p. 4

¹⁵⁶⁹ C.J.U.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 22. La version anglaise traduit « économie » par « general scheme » (*Rec.* p. 12). P. Pescatore relève que cette expression « refers precisely to the system » (« *Van Gend en Loos*, 3 February 1963-A View from Within », in *The Past and Future of EU Law*, *op. cit.*, p. 7).

¹⁵⁷⁰ C.J.U.E., 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, pt 20 ; 13 juillet 1989, *Henriksen*, aff. 173/88, pt 11 ; 19 octobre 1995, *Hönlig*, C-128/94, pt 9 ; 19 mars 1998, *Compassion in World Farming*, C-1/96, pt 49 ; 10 mai 2001, *Rundgren*, C-389/99, pt 41 et T.U.E., 26 juin 2008, *Alfonsius Alferink*, T-94/98, pt 68 (et jurispr. citées).

¹⁵⁷¹ C.J.U.E., 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74.

¹⁵⁷² C.J.U.E., 17 décembre 1980, *Commission/Belgique*, aff. 149/79, *Rec.* p. 3890.

¹⁵⁷³ Dans un arrêt *Mecklenburg* du 17 juin 1998, la Cour a corroboré une interprétation par l'examen de la « genèse » d'une directive (C-321/96, pt 28). Voy. également C.J.U.E., 20 février 2001, *Kaur*, C-192/99, pts 22-24 ; 10 janvier 2006, *Skov*, C-402/03, pt 29 ; 8 mars 2012, *Commission/Portugal*, C-524/10, pt 56 ; 26 avril 2012, *Hofmann*, C-419/10, pts 55, 60, 70, 73 et 87. Si une déclaration inscrite au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption d'une directive ne saurait être retenue pour l'interprétation d'une de ses dispositions à défaut d'être confirmée par le texte de la disposition en cause (C.J.U.E., 6 mai 2003, *Libertel*, C-104/01, pts 25-26 et la jurispr. citée), il en va différemment lorsqu'une telle déclaration permet de préciser une notion générale contenue dans cette directive (C.J.U.E., 3 décembre 1998, *Generics (UK) e.a.*, C-368/96, pt 26). Sur cette tendance et l'insécurité juridique de ce type d'argumentation, surtout lorsque les travaux préparatoires n'ont pas été publiés, voy. S. SCHONBERG et K. FRICK, « Finishing, refining, polishing... », *op. cit.*, p. 149-171.

Kokott a confirmé le changement de tendance en ce qui concerne les traités. Après avoir admis que la genèse d'une disposition n'avait pas « jusqu'à présent, joué un rôle particulier dans l'interprétation du droit primaire parce que l'essentiel des travaux préparatoires des traités fondateurs n'était pas accessible », elle a estimé que « la situation a pris une tournure fondamentalement différente depuis que s'est instaurée l'habitude de réunir des conventions en vue de préparer les modifications des traités, ainsi que celle de publier les mandats des conférences gouvernementales ». Et de conclure : « Le surcroît de transparence ainsi créé en amont des modifications des traités ouvre de nouvelles possibilités d'interprétation de ceux-ci qui ne doivent pas demeurer inexploitées en tant que moyens complémentaires d'interprétation lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le texte d'une disposition, son contexte réglementaire et les objectifs qu'elle poursuit ne permettent pas de faire toute la lumière sur sa signification¹⁵⁷⁴ ».

354. — Les interprétations *littérale* et *systémique* occupent une place importante dans les méthodes interprétatives de la Cour¹⁵⁷⁵ mais leur interaction n'est pas exempte de difficultés. Ainsi, lorsque deux dispositions poursuivent le même objectif et que l'une est la mesure d'application de l'autre, il convient de leur donner, « dans l'intérêt de la sécurité juridique », une « interprétation uniforme¹⁵⁷⁶ ». Il en va de même lorsqu'une disposition ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée¹⁵⁷⁷. *A contrario*,

¹⁵⁷⁴ Ses concl. présentées le 17 janvier 2013 dans l'aff. C-583/11P, Inuit, § 32. La Cour estime cependant que « les intentions exprimées par les États membres au sein du Conseil de l'Union européenne sont dénuées de valeur juridique lorsqu'elles n'ont pas trouvé leur expression dans les dispositions légales » dès lors que ces dernières sont « destinées aux justiciables qui doivent pouvoir se fier à leur contenu, conformément aux exigences du principe de sécurité juridique » (C.J.U.E., 1^{er} octobre 2009, Gaz de France, C-247/08, pt 29).

¹⁵⁷⁵ Selon une jurisprudence constante, la détermination de la signification et de la portée des termes pour lesquels le droit de l'Union ne fournit aucune définition doit être établie en considération du contexte général dans lequel ils sont utilisés et conformément à leur sens habituel en langage courant (C.J.U.E., 27 janvier 1988, Danemark/Commission, aff. 349/85, pt 9; 27 janvier 2000, DIR International Film e.a., C-164/98 P, pt 26; T.U.E., 16 décembre 2004, Pappas, T-11/02, pt 32).

¹⁵⁷⁶ C.J.U.E., 26 octobre 2006, Kibler, C-275/05, pt 22. Il en va *a fortiori* de même de « deux dispositions libellées de manière substantiellement identique et qui, au surplus, figurent dans le même article d'un règlement communautaire » (C.J.U.E., 20 juin 2002, Thomsen, C-401/99, pt 35).

¹⁵⁷⁷ C.J.U.E., 19 septembre 2000, Linster, C-287/98, pt 43.

on pourrait penser que, lorsque les termes d'une disposition renvoient explicitement au droit des États membres, il n'est pas requis, voire pas permis, de chercher une interprétation autonome et uniforme de la notion litigieuse. Dans un arrêt *Jaeger*, la Cour a néanmoins estimé que, bien que la définition de « temps de travail » fasse référence aux « législations et/ou pratiques nationales », cela ne signifiait pas « que les États membres pouvaient déterminer unilatéralement la portée de cette notion », que cette dernière ne devait pas être interprétée « en fonction des prescriptions des différentes réglementations des États membres » et qu'elle constituait au contraire une notion de droit de l'Union qui devait se voir attribuer une interprétation autonome afin d'en garantir une application uniforme¹⁵⁷⁸. Si on retrouve en filigrane le postulat de cohérence, qui est souvent associé à la sécurité juridique¹⁵⁷⁹, il convient de relever que, ni les principes énoncés ni leur application n'apportent de garantie à la prévisibilité du droit dans le chef des particuliers.

355. — Enfin, plusieurs auteurs insistent sur l'importance de l'interprétation *téléologique* de la Cour¹⁵⁸⁰, voire en font sa méthode privilégiée¹⁵⁸¹. Pourtant, dans certains arrêts, les juridictions de l'Union ont pu donner l'impression que cette méthode ne devait s'imposer qu'à titre subsidiaire. La Cour a ainsi jugé que, dès lors « que les interprétations littérale et historique du règlement » ne permettaient pas « d'en apprécier

¹⁵⁷⁸ C.J.U.E., 9 septembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, pts 58-59.

¹⁵⁷⁹ Voy. *supra*, nos 325 et 326. Selon M. Maduro, les méthodes d'interprétation utilisées par les juridictions doivent refléter une « certaine compréhension systémique des préférences normatives et des contraintes institutionnelles de l'ordre juridique dans lesquelles ces cours opèrent » afin d'assurer la cohérence et l'intégrité de ce système juridique (« Interpreting European Law... », *op. cit.*, p. 3 et 5).

¹⁵⁸⁰ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 515 ; J. BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence... », *op. cit.*, p. 154 ; J. ENGBERG, « Statutory Texts as Instances of Language(s)... », *op. cit.*, p. 1163-1164 ; T.C. HARTLEY, « Five Forms of Uncertainty... », *op. cit.*, p. 278-280. E. Paunio pointe le problème de prévisibilité d'une approche téléologique qui s'écarterait de la formulation légale (« Beyond Predictability... », *op. cit.*, p. 1470).

¹⁵⁸¹ H. GAUDIN, « Le temps et le droit communautaire. Remarques introductives autour du droit positif », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Éditions A. Pedone, Paris, 2004, p. 355 ; C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 121 ; E. PAUNIO et S. LINDROOS-HOVINHEIMO, « Taking Language Seriously... », *op. cit.*, p. 399. M. Maduro considère qu'un raisonnement téléologique et métatéléologique est le plus approprié pour l'ordre juridique pluraliste de l'Union (« Interpreting European Law... », *op. cit.*, p. 8-14).

la portée exacte », il y avait lieu « d'interpréter la réglementation en cause en se fondant tant sur sa finalité que sur son économie générale¹⁵⁸² ». Un an plus tard, le tribunal reléguait l'interprétation téléologique au dernier rang des méthodes à prendre en compte, estimant que, « les interprétations littérale, historique et systématique » d'un règlement ne permettant pas d'en apprécier la portée, il y avait lieu « d'interpréter la réglementation en cause en se fondant sur sa finalité¹⁵⁸³ ». Inversement, la Cour a jugé, dans son arrêt *Sturgeon*, que le règlement n°261/2004 devait être interprété en ce sens que, en cas de vol retardé d'au moins trois heures, les passagers pouvaient être assimilés aux passagers de vols annulés afin d'obtenir une indemnisation prévue uniquement pour ces derniers. Malgré les termes parfaitement clairs du texte, les juges européens ont fondé cette solution sur la finalité du règlement et sur l'application combinée des principes d'égalité de traitement et d'effet utile¹⁵⁸⁴. Cet arrêt illustre l'ambiguïté du terme « téléologique », cerise sur le gâteau de l'incertitude. S'il peut être compris comme visant ce « qui concerne ou qui constitue un rapport de finalité¹⁵⁸⁵ », encore convient-il de déterminer quel point de vue doit être adopté pour déterminer cette finalité : celui de l'auteur de la norme (*intentio auctoris*, *ratio legis*) ou, comme dans l'arrêt *Sturgeon*, de la

¹⁵⁸² C.J.U.E., 31 mars 1998, France/Commission, C-68/94, pt 168. Voy. également C.J.U.E., 21 novembre 1974, Moulijn, aff. 6/74, pts 10-11 ; 19 juin 1980, Roudolff, aff. 803/79, pt 7. N. McCormick relève que, en cas de conflit d'arguments, « il est tentant de dire que tout système renferme une tendance à commencer par les arguments linguistiques, pour continuer par les arguments systémiques, et n'avoir recours à l'argumentation téléologique/déontologique que lorsque les autres arguments sont demeurés problématiques » (« Argumentation et interprétation en droit », *op. cit.*, p. 223).

¹⁵⁸³ T.U.E., 25 mars 1999, Gencor, T-102/96, pt 148 et les réf. citées.

¹⁵⁸⁴ C.J.U.E., 19 novembre 2009, *Sturgeon*, aff. jtes C-402/07 et C-432/07, pts 40-69. Cette interprétation du texte, pour le moins audacieuse, a été confirmée par la Cour dans un arrêt plus récent (C.J.U.E., 23 octobre 2012, Nelson, aff. jtes C-581/10 et C-629/10, pts 26-40). Comp. avec C.J.U.E., 5 mai 1988, Gutshof, aff. 91/87, pt 8 : « Dans un tel domaine, où toute incertitude quant à la portée d'une obligation imposée aux justiciables risquerait d'entraîner l'application de sanctions, le principe de la sécurité et clarté juridique exige que l'interprétation que la Cour est appelée à donner se réfère au libellé et aux objectifs apparents des textes pertinents ». Pour une lecture critique de l'arrêt *Sturgeon*, au regard notamment du principe de sécurité juridique, voy. C.-I. GRIGORIEFF, « Arrêts Condor et Air France – une protection accrue des passagers aériens », *J.D.E.*, 2010, p. 7-9.

¹⁵⁸⁵ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v° Téléologique.

norme elle-même, envisagée dans son contexte d'application (*intentio operis, ratio juris*).

B. Un ordre juridique européen... parmi d'autres

356. — A l'origine, les textes fondateurs des « deux Europe » ne se recoupaient pas et n'avaient en commun que la présence de certains États membres. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme s'occupait exclusivement des droits fondamentaux, les traités de la future Union européenne étaient muets en la matière. Et pourtant, il était écrit dans leurs patrimoines génétiques que les deux systèmes pourraient être amenés à se rencontrer. D'une part, la définition large de la Convention ouvrait la voie à une interprétation transversale et ambitieuse de sa portée. D'autre part, la Déclaration Schuman du 9 mai 1950 annonçait déjà le projet politique derrière le projet économique et elle ne pouvait éternellement faire l'impasse sur l'enjeu des droits fondamentaux, de plus en plus important pour l'opinion publique¹⁵⁸⁶. Les interactions entre les deux ordres juridiques se sont multipliées au fil des années et il est significatif de constater que la Cour européenne des droits de l'homme a, dans son arrêt *Marckx*, emprunté le principe de sécurité juridique à l'ordre juridique de l'Union, même si certaines de ses exigences luxembourgeoises ont suivi un parcours autonome (1). Dans l'autre sens, les droits de l'homme ont progressivement envahi l'ordre juridique de l'Union. Sans méconnaître les bienfaits de cette influence sur la jurisprudence de la Cour de justice, les arrêts strasbourgeois vont néanmoins aggraver la confusion relative à la portée du principe de sécurité juridique, contribuant à invalider encore davantage les prétentions de sa logique cartésienne (2).

1. La sécurité juridique dans la jurisprudence strasbourgeoise¹⁵⁸⁷

357. — Toute personne qui souhaite comprendre la façon dont le principe de sécurité juridique est mobilisé par la Cour européenne des

¹⁵⁸⁶ Voy. *supra*, n° 339.

¹⁵⁸⁷ Il va de soi que les contraintes d'espace, de temps et d'objet ne nous autorisent pas à nous livrer à un exercice aussi complet que celui opéré dans notre première partie relative à la jurisprudence de l'Union. Il s'agit tout au plus de livrer un aperçu des grandes lignes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

droits de l'homme doit être consciente de l'importance que représente, à un double égard, l'année 1979. C'est en effet au cours de cette année qu'elle rendra ses arrêts *Marckx* et *Sunday Times*, que nous examinerons successivement. Alors que la première décision vise explicitement le principe de sécurité juridique (a), la seconde ne l'évoque même pas, tout en énonçant des conditions que le connaisseur de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne lui associera aisément (b).

a) *Marckx et ses suites*

358. — Dans son célèbre arrêt *Marckx*, la Cour européenne des droits de l'homme affirme pour la première fois que le principe de sécurité juridique est « nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire¹⁵⁸⁸ ». Elle en profite, trois ans après l'arrêt *Defrenne II* de la Cour de justice, pour accepter de limiter dans le temps les effets de son arrêt. Cette consécration a été confirmée par une jurisprudence constante¹⁵⁸⁹, la Cour répétant que le principe est « implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et [...] constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit¹⁵⁹⁰ ». Dans un arrêt *Brumarescu* du 28 octobre 1999, la juridiction strasbourgeoise a précisé que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, § 1 de la Convention, devait s'interpréter « à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme

l'homme relatives au principe (approche nominaliste) mais également à la lumière de certaines des exigences associées au principe par la Cour de justice (approche conceptuelle).

¹⁵⁸⁸ C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, § 58. Dans un arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, la Cour avait déjà relevé que le délai de six mois pour introduire un recours devant elle constituait « un facteur de sécurité juridique » (§ 50) et que la pratique d'opposer les exceptions d'irrecevabilité *in limine litis* était « une exigence de la sécurité juridique » (§ 54). Auparavant, on retrouve l'expression de « sécurité juridique » dans une opinion séparée du juge Verdross dans un arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975 (req. n° 4451/70) ou dans les argumentations de certaines parties (voy. par exemple C.E.D.H., 29 mars 1966, *Köplinger c. Autriche*, req. n° 1850/63 (déc.).

¹⁵⁸⁹ Voy. M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, et S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, op. cit., p. 667-683 et la jurispr. citée par ces auteurs.

¹⁵⁹⁰ C.E.D.H., *Beian c. Roumanie* (n° 1), 6 décembre 2007, n° 30658/05, § 39; UÇAR c. Turquie, 29 septembre 2009, req. n° 12960/05 (déc. recev.); Tsitsiriggos c. Grèce, 17 janvier 2012, req. n° 29747/09), § 48. Voy. déjà C.E.D.H., *Baranowski*, 28 mars 2000, c. Pologne, n° 28358/95, § 56.

élément du patrimoine commun des États contractants » et dont un des « éléments fondamentaux » est « le principe de la sécurité des rapports juridiques ¹⁵⁹¹ ».

Tout comme son pendant luxembourgeois, la Cour européenne des droits de l'homme a, par la suite, rattaché le principe de sécurité juridique au respect du principe *res judicata* et à l'instauration de délais nationaux de prescription. De façon subtile, les logiques politique et subjective de la sécurité juridique se mêlant dans sa motivation.

Elle a ainsi jugé que le principe de sécurité juridique exigeait que « la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause ¹⁵⁹² », présupposant le respect du principe de l'autorité de chose jugée ¹⁵⁹³. A plusieurs reprises, les juges de Strasbourg ont ainsi conclu à la violation de l'article 6 de la Convention en raison de l'annulation de décisions définitives par la voie d'un recours extraordinaire et sans motifs substantiels et impérieux ¹⁵⁹⁴. La Cour a toutefois rappelé que l'exigence de sécurité juridique n'était pas absolue et que « la simple possibilité de rouvrir une procédure

¹⁵⁹¹ C.E.D.H., Brumarescu c. Roumanie, 28 octobre 1999, req. n° 28342/95, § 61. L'expression « principe de la sécurité des rapports juridiques » ne paraît pas emporter de nuance sémantique par rapport au principe de « sécurité juridique », mais semble provenir de la façon dont les requérants roumains formulent leurs griefs. Dans le même sens, voy. K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2008, p. 246-247.

¹⁵⁹² C.E.D.H., Brumarescu c. Roumanie, 28 octobre 1999, req. n° 28342/95, § 61 ; Gök c. Turquie, 27 juillet 2006, § 56 ; Sivova et Koleva c. Bulgarie, 15 novembre 2011, req. n° 30383/03, pt 66 ; Legrand c. France, 26 mai 2011, req. n° 23228/08, § 33.

¹⁵⁹³ C.E.D.H., Asito c. Moldavie, 8 novembre 2005, § 45 (« [...] the right to a fair hearing [...] must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which, in its relevant part, declares the *rule of law* to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the *rule of law* is the *principle of legal certainty* [...] » (nous soulignons). On relèvera la traduction de « prééminence du droit » dans le préambule de la Convention par les termes anglais de « *rule of law* ». La Cour a retenu une conception large de la « chose jugée » dans son arrêt *Moskal* : « The principle of legal certainty applies to a final legal situation, irrespective of whether it was brought about by a judicial act or an administrative or, as in the instant case, a social security decision » (C.E.D.H., *Moskal c. Pologne*, 15 septembre 2009, req. n° 10373/05, § 82).

¹⁵⁹⁴ Pour des condamnations par la Cour de systèmes nationaux ou de situations ayant permis des remises en cause d'un jugement définitif, voy. C.E.D.H., *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, 25 juillet 2002, req. n° 48553/99, § 77 ; *Ghirea c. Moldavie*, 26 juin 2006, req. n° 15778/05, § 35-36 ; *Gök c. Turquie*, 27 juillet 2006, § 57-62.

pénale » était « à première vue compatible avec la Convention¹⁵⁹⁵ », précisant récemment qu'un usage abusif de cette faculté pourrait violer la Convention, le « principe de la sécurité des rapports juridiques et la prééminence du droit¹⁵⁹⁶ ».

Il n'est pas davantage étonnant que la Cour ait jugé que les délais nationaux de prescription poursuivaient « plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé¹⁵⁹⁷ ». Le même constat « s'impose a fortiori au regard des dispositions procédurales de la Convention et du règlement de la Cour¹⁵⁹⁸ ». Selon une formule ultérieure, qui a fait florès depuis¹⁵⁹⁹, une « réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique » mais, précise la Cour, les « intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées¹⁶⁰⁰ ». De telles limitations « ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés

¹⁵⁹⁵ C.E.D.H., Marian Niță c. Roumanie, 7 décembre 2010, req. n° 28162/05.

¹⁵⁹⁶ C.E.D.H., Sfinx-Impex S.A. c. Moldavie, 25 septembre 2012, req. n° 28439/05, § 21.

¹⁵⁹⁷ C.E.D.H., Stubbings, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93 et 22095/93, § 51. Voy. déjà C.E.D.H., Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984, req. n° 8777/79, § 41.

¹⁵⁹⁸ C.E.D.H., Simonetti c. Italie, 17 juillet 2010, req. n° 50914/11 et 58323/11 (déc.), § 21 ; 13 décembre 2011, Deceuninck c. France, req. n° 47447/08 (déc.). Voy. déjà l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* précité.

¹⁵⁹⁹ C.E.D.H., Laudette c. France, 16 juin 2009, req. n° 19/05, § 31 ; Klithropiia Ipirou Evva Hellas A.E. c. Grèce, 13 janvier 2011, § 22 ; Alexandre c. Portugal, 20 novembre 2012, req. n° 33197/09, § 41 et la jurispr. citée.

¹⁶⁰⁰ C.E.D.H., Miragall Escolano et autres c. Espagne, 25 janvier 2000, req. n° 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41487/98 et 41509/98, § 33. Elle insiste sur le fait que le « droit d'action ou de recours doit s'exercer à partir du moment où les intéressés peuvent effectivement connaître les décisions judiciaires qui leur imposent une charge ou pourraient porter atteinte à leurs droits ou intérêts légitimes. » (§ 37).

et le but visé¹⁶⁰¹ ». En effet, « le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de sécurité juridique et de bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente¹⁶⁰² ».

Il est intéressant de voir comment se mêlent, dans la motivation de la Cour européenne des droits de l'homme, les logiques politique et subjective de la sécurité juridique, et la façon dont elles se combinent avec le droit à un procès équitable. L'instauration de délais de recours garantit la logique politique (stabilisation de l'ordre juridique) et, le cas échéant, subjective (apaisement des justiciables après l'écoulement d'une certaine période). Il est cependant impératif que ces délais soient appliqués de façon raisonnable et de manière à laisser aux particuliers la possibilité et le temps de les respecter (logique subjective de la sécurité juridique et effectivité du droit à un procès équitable). Si la logique subjective de la Cour n'est pas respectée, la réglementation litigieuse « cesse de servir les buts de la sécurité juridique ».

b) *Sunday Times et ses suites*

359. — L'autre événement important pour la sécurité juridique qui intervient pendant l'année 1979 est l'arrêt *Sunday Times*, prononcé deux mois avant *Marckx*. Cette décision va, en effet, initier les rapports complexes qui se nouent depuis dans la jurisprudence strasbourgeoise entre les principes de sécurité juridique et de légalité et influencer par la suite celle de la Cour de justice. Les motifs adoptés par la Cour méritent d'être largement reproduits :

47. La Cour constate que dans « prévue par la loi » le mot « loi » englobe à la fois le droit écrit *et le droit non écrit*. [...] On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la *common law* n'est pas « prévue par la loi » au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif : on priverait un État de *common law*, partie à la Convention,

¹⁶⁰¹ C.E.D.H., *Lahlah c. France*, 22 février 2011, req. n° 66973/09 (déc.). En outre, une approche trop formaliste des règles applicables en matière de voies de recours pourrait n'être « pas proportionnée au but consistant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice » et constituer une violation du droit à un procès équitable (C.E.D.H., *Roumeliotis c. Grèce*, 15 octobre 2009, req. n° 53361/07, § 27).

¹⁶⁰² C.E.D.H., *Laudette c. France*, 16 juin 2009, req. n° 19/05, § 31.

de la protection de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et l'on frapperait à la base son système juridique.

Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que les termes « prévues par la loi » exigent pareil texte dans tous les cas; il ne leur semble nécessaire que si – comme en l'espèce – les règles de la *common law* sont *incertaines* au point de ne pas correspondre au concept consacré, d'après eux, par ces termes: *le principe de la sécurité juridique*.

[...]

49. Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots « prévues par la loi ». Il faut d'abord que la « loi » soit suffisamment *accessible*: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une « loi » qu'une norme énoncée avec assez *de précision* pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de *prévoir*, à un *degré raisonnable dans les circonstances de la cause*, les *conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé*. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une *certitude absolue*: l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la *certitude*, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une *rigidité excessive*; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique¹⁶⁰³.

Partie des termes de la Convention (« prévues par la loi¹⁶⁰⁴ »), la Cour en propose une interprétation généreuse, considérant qu'ils exigent que soit remplie une double condition d'*accessibilité* et de *précision*, afin de permettre aux destinataires de la « loi », comprise dans un sens très large, de *prévoir* les conséquences de leurs actes. Il est difficile, pour celui qui connaît la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de ne pas identifier les exigences qu'elle assigne au principe de sécurité juridique. Et pourtant, alors que les requérants lui servaient la notion sur un plateau d'argent, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'en saisit pas et ne consacrera le principe de sécurité juridique que deux mois plus tard¹⁶⁰⁵. C'est d'autant plus regrettable

¹⁶⁰³ C.E.D.H., Sunday Times, 26 avril 1979, req. n° 6538/74, § 47 et 49 (nous soulignons).

¹⁶⁰⁴ Plusieurs droits de la convention permettent des ingérences étatiques dans les droits qu'elle protège à certaines conditions, notamment qu'elles soient « prévues par la loi ».

¹⁶⁰⁵ P. POPELIER explique le recoupement des principes de légalité et de sécurité juridique par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut exercer son

que les juges de Strasbourg décrivaient la sécurité juridique que nous appelons de nos vœux : une logique subjective (un droit accessible pour les justiciables) débarrassée de sa logique cartésienne (une prévisibilité qui n'est que relative eu égard à l'incertitude inhérente au droit et à son besoin de flexibilité)¹⁶⁰⁶.

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Sunday Times* a analysé cet arrêt comme énonçant trois principes : l'ingérence doit avoir une base en droit interne, être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire être suffisamment précise que pour permettre à chacun de régler sa conduite en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés¹⁶⁰⁷. Pragmatique, la Cour a assez vite reconnu que « souvent le libellé des lois ne présente pas une précision absolue », notamment dans des domaines « dont les données ne cessent de changer en fonction de l'évolution du marché ainsi que des moyens de communication ». Dans ces cas, estime la Cour, « (l)'interprétation et l'application de pareils textes dépendent, par la force des choses, de la pratique » et il est possible qu'une jurisprudence « constante [...], (n)ette, abondante et amplement commentée » soit de nature à permettre « aux milieux commerciaux et à leurs

contrôle qu'à l'aune des dispositions de la Convention et non de principes juridiques non écrits (« La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 2012, vol. 2, p. 27).

¹⁶⁰⁶ Voy. notamment C.E.D.H., S.W. et C.R. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 36 (nous soulignons) : « Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, *il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire*. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation [...]. On ne saurait interpréter l'article 7 (art. 7) de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible ». Sur cet arrêt, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *Rev. trim. D.H.*, 1996, p. 463-479. Dans le même sens, voy. C.E.D.H., K.A. et A.D. c. Belgique, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 52. Il est vrai que, dans ces deux affaires, les faits étaient particulièrement choquants (respectivement un viol entre époux et des pratiques sado-masochistes extrêmement violentes).

¹⁶⁰⁷ Voy. notamment C.E.D.H., Silver et autres c. Royaume-Uni, 25 mars 1983, req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, § 86-88 ; Barthold c. Allemagne, 25 mars 1985, req. n° 8734/79, § 45 ; Kruslin c. France, 24 avril 1990, req. n° 11801/85, § 27-36.

conseils de régler leur conduite en la matière¹⁶⁰⁸ ». Elle a ensuite étendu ces principes à l'article 7 de la Convention, qui consacre le principe de la légalité des délits et des peines¹⁶⁰⁹ », considérant que la notion de « droit » visée par cette disposition correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui « implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité¹⁶¹⁰ ». Elle estime que la condition de prévisibilité est remplie « lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale » et « que l'on doit attendre de professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier, qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques pouvant résulter de leurs actes¹⁶¹¹ ». La notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires¹⁶¹².

Le lien entre les exigences de légalité développées par la Cour dans son arrêt *Sunday Times* et la sécurité juridique, relevé par la doctrine¹⁶¹³ et soulevé par certains requérants¹⁶¹⁴, apparaîtra cependant par la suite, lorsque la Cour s'engagera sur le terrain de la privation de la liberté. Dans son arrêt *Baranowski* du 28 mars 2000, les juges de Strasbourg ont décidé qu'il était « particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique » et que, par conséquent, il était

¹⁶⁰⁸ C.E.D.H., Markt Intern Verlag c. Allemagne, 20 novembre 1989, req. n° 10572/83, § 30.

¹⁶⁰⁹ C.E.D.H., K.A. et A.D. c. Belgique, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 51.

¹⁶¹⁰ C.E.D.H., S.W. et C.R. c. Royaume-Uni, 22 novembre 1995, § 35. Voy. également C.E.D.H., Cantoni c. France, 15 novembre 1996, n° 17862/91, § 29; Achour c. France, 10 novembre 2004, req. n° 67335/01, § 33.

¹⁶¹¹ C.E.D.H., Leempoel & al. c. Belgique, 9 novembre 2006, req. n° 64772/01, § 57 et 59.

¹⁶¹² C.E.D.H., Cantoni c. France, 15 novembre 1996, n° 17862/91, § 35; K.A. et A.D. c. Belgique, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 53. Sur la jurisprudence relative à cette exigence, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, op. cit., p. 674-679 et les réf. citées.

¹⁶¹³ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique... », op. cit., p. 3); S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, op. cit., p. 669-679.

¹⁶¹⁴ C.E.D.H., Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne, 30 juin 2009, req. n° 25803/04 et 25817/04, § 54.

« essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de "légalité" fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise¹⁶¹⁵ ». Cet arrêt, confirmé par une jurisprudence constante¹⁶¹⁶, rend en quelque sorte au principe de sécurité juridique ce qui lui appartient en droit de l'Union, en considérant que sa satisfaction requiert le respect des critères strasbourgeois de légalité qui impose à la loi d'être précise et prévisible. Plus récemment, la Cour a résumé les différentes significations qu'elle attribue au principe de « la sécurité des rapports juridiques », et notamment le fait que « l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription¹⁶¹⁷ ».

Dès lors que la Cour retenait une conception large des termes « loi » ou « droit » contenus dans la Convention et qu'elle acceptait d'associer les exigences de prévisibilité au principe de sécurité juridique, il était inévitable qu'elle soit amenée à se prononcer sur l'interaction entre ce dernier et l'évolution de la jurisprudence. Selon la Cour, le développement jurisprudentiel n'est pas, en soi, incompatible avec une bonne administration de la justice et promeut, au contraire, une approche dynamique et évolutive du droit conventionnel¹⁶¹⁸. Si elle répète que « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante¹⁶¹⁹ », il arrive cependant que la Cour estime qu'une telle jurisprudence et une pratique administrative constante créent

¹⁶¹⁵ C.E.D.H., Baranowski, 28 mars 2000, c. Pologne, n° 28358/95, § 52.

¹⁶¹⁶ Voy. notamment C.E.D.H., Korchuganova c. Russie, 8 juin 2006, req. n° 75039/01, § 47; Krejčíř c. République tchèque, 26 mars 2009, req. n° 39298/04 et 8723/05, § 90; Svetoslav Hristov c. Bulgarie, 13 janvier 2011, req. n° 36794/03, § 27; Tsitsiriggos c. Grèce, 17 janvier 2012, req. n° 29747/09, § 47.

¹⁶¹⁷ C.E.D.H., Legrand c. France, 26 mai 2011, req. n° 23228/08, § 34.

¹⁶¹⁸ C.E.D.H., Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine, 14 janvier 2010, req. n° 36815/03, § 38. Il est nécessaire, cependant, que la jurisprudence ne s'écarte pas du texte légal. La Cour considère ainsi que, « d'une manière générale, le principe de sécurité juridique peut se trouver compromis si les juridictions internes introduisent dans leur jurisprudence des exceptions allant à l'encontre du libellé des dispositions légales applicables » (C.E.D.H., Mooren c. Allemagne, 9 juillet 2009, req. n° 11364/03, § 93).

¹⁶¹⁹ C.E.D.H., 18 déc 2008 Unédic c. France, n° 20153/04, § 74; Legrand c. France, 26 mai 2011, req. n° 23228/08, § 36. Dans l'arrêt *Atanasovski* précité, disponible

« au fil des années, une sécurité juridique » à laquelle ses destinataires peuvent « légitimement se fier¹⁶²⁰ ». Dans ce cas, la juridiction doit prendre ces éléments en considération et, si elle s'en écarte, expliquer en détail les motifs de cette décision sous peine de violer l'obligation de motivation prévue par l'article 6, § 1^{er} de la Convention¹⁶²¹. La Cour reconnaît qu'elle doit appliquer ces exigences à sa propre jurisprudence et considère que « (s)ans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs », il est « dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents¹⁶²² ». Il est vrai que cette phrase annonce généralement un revirement de jurisprudence, la Cour précisant immédiatement que, « toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration¹⁶²³ ».

Il est également possible qu'apparaissent, sur une question de droit, des divergences de jurisprudence. Selon la Cour, celles-ci « constituent, par nature, la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui repose sur un ensemble de juridictions du fond ayant autorité sur leur ressort territorial ». Dans ce cas, cependant, « le rôle d'une juridiction suprême est précisément de régler ces contradictions¹⁶²⁴ ». Or, si la jurisprudence de « la plus haute autorité judiciaire » d'un pays contient des arrêts incompatibles, elle devient « elle-même source d'insécurité juridique, sapant ainsi la confiance du public dans le système judiciaire ». Cette

uniquement en anglais, la Cour mentionne « the requirement of *judicial* certainty and the protection of legitimate expectations » (§ 38, nous soulignons).

¹⁶²⁰ C.E.D.H., 16 décembre 1997, Église catholique de la Canée, req. n° 25528/94, § 40.

¹⁶²¹ C.E.D.H., *Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, 14 janvier 2010, req. n° 36815/03, § 38.

¹⁶²² C.E.D.H., *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, n° 27238/95, § 70; *Lee c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. n° 25289/94, § 72.

¹⁶²³ C.E.D.H., *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n° 17056/06, § 81. Dans son arrêt *Cossey* du 27 septembre 1990, elle avait déjà jugé qu'à défaut d'être « liée par ses décisions antérieures », elle avait « toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention », sauf en cas de « raisons impérieuses » comme le fait qu'un revirement serve « à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles » (§ 35). Pour des exemples de revirements, voy. notamment C.E.D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, 11 juillet 2002, § 75-76; *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 septembre 2009, req. n° 10249/03 (déc.), § 104 et s.

¹⁶²⁴ C.E.D.H., *Beian c. Roumanie* (n° 1), 6 décembre 2007, n° 30658/05, § 37.

« incertitude jurisprudentielle », qui prive un requérant de la possibilité de bénéficier de ses droits, est contraire au principe de sécurité juridique et constitue une violation de l'article 6, § 1^{er} de la Convention¹⁶²⁵. La Cour a précisé que tel est le cas s'il existe « des divergences profondes et persistantes » dans la jurisprudence de la Cour suprême et que la législation interne ne prévoit pas de mécanismes permettant de supprimer ces incohérences ou bien que ceux-ci, soit n'ont pas été appliqués, soit n'ont pas produit les effets désirés¹⁶²⁶.

360. — Si les jurisprudences des deux cours se recoupent à plusieurs égards, il existe néanmoins certaines différences qui ne manqueront pas d'avoir un impact sur l'ordre juridique de l'Union sous l'influence de la jurisprudence strasbourgeoise.

2. L'incursion des droits fondamentaux dans les Communautés

361. — Les juridictions nationales n'ont pas tardé à faire savoir aux juges de l'Union que ses ambitions expansionnistes ne pourraient faire l'impasse sur les droits fondamentaux. En 1969, la Cour de justice acceptait enfin d'évoquer les « droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect¹⁶²⁷ ». Il est vrai que le débat relatif à la place des droits fondamentaux dans le droit communautaire se posait de façon de plus en plus cruciale à Luxembourg, faisant sentir l'abîme séparant les préoccupations des juridictions nationales des traités fondateurs. Peu après, la Cour confirmait que le respect de ceux-ci faisait « partie intégrante des principes généraux du droit », tout en précisant que la sauvegarde de ces droits, « tout en s'inspirant des traditions

¹⁶²⁵ C.E.D.H., *Beian c. Roumanie* (n° 1), 6 décembre 2007, n° 30658/05, § 39-40. Dans le même sens, voy. C.E.D.H., *UÇAR c. Turquie*, 29 septembre 2009, req. n° 12960/05 (déc.); *Stefan et Stef c. Roumanie*, 27 janvier 2009, req. n° 24428/03 et 26977/03, § 34-37.

¹⁶²⁶ C.E.D.H., *Iordan Iordanov et autres c. Bulgarie*, 2 juillet 2009, n° 23530/02, § 48-49 et la jurispr. citée. Dans un arrêt *Nejdet Sahin*, elle a jugé que le « fait, fût-il regrettable, qu'à la date de saisine par les requérants des juridictions internes, deux interprétations différentes aient été données à un même texte juridique, par deux instances juridictionnelles distinctes et autonomes, ne saurait à lui seul suffire à porter atteinte au principe de sécurité juridique, dès lors que le droit interne paraît avoir été en mesure de résorber la source de ces incohérences » (C.E.D.H., *Nejdet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie*, 27 mai 2010, req. n° 13279/05, § 59).

¹⁶²⁷ C.J.U.E., 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, *Rec.* p. 419.

constitutionnelles communes aux États membres », devait « être assurée dans le cadre de la structure des objectifs de la Communauté¹⁶²⁸ ». Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour réitérait encore sa jurisprudence selon laquelle les droits fondamentaux « font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies notamment par la CEDH¹⁶²⁹ ». Depuis le 1^{er} décembre 2009, l'article 6 du traité sur l'Union est entré en vigueur et son deuxième paragraphe prévoit la possibilité de l'adhésion de l'Union à la Convention¹⁶³⁰. Le troisième paragraphe rappelle que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention et qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, « font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Enfin, son premier paragraphe donne à la Charte des droits fondamentaux « la même valeur juridique que les traités ».

362. — Depuis, la jurisprudence a fait une place de plus en plus importante à la Charte. Alors que, dans un arrêt du 23 décembre 2009, la Cour rapportait encore les droits fondamentaux à la Convention et aux principes généraux du droit¹⁶³¹, elle va progressivement y joindre les références à la Charte¹⁶³². Dans un arrêt du 9 novembre 2010, la Cour a répondu à la juridiction de renvoi, qui invoquait la violation de l'article 8 de la Convention, que le droit consacré par cette disposition était « étroitement lié » à l'article 7 de la Charte, au regard duquel

¹⁶²⁸ C.J.U.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1135. Pour un historique de la consécration des droits fondamentaux par la Cour de justice, et notamment de l'épisode mouvementé de l'arrêt *Solange I* du *Bundesverfassungsgericht* allemand, voy. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 2009, p. 54-72 ; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 137-165.

¹⁶²⁹ C.J.U.E., 25 janvier 2007, *Salzgitter*, C-411/04 P, pt 41 et les réf. citées. Les principes dégagés par la jurisprudence ont été confirmés par l'Acte unique européen puis par l'article F, § 2, du traité sur l'Union.

¹⁶³⁰ L'article 59, § 2 de la Convention permet également à l'Union d'adhérer à la Convention.

¹⁶³¹ C.J.U.E., 23 décembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08, pts 39-40.

¹⁶³² Voy. par exemple C.J.U.E., 18 mars 2010, *Alassini*, aff. jtes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, pt 61 ; 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, pt 58.

la validité des règlements litigieux devait être examinée¹⁶³³. De même, aux requérantes qui invoquaient l'article 6, § 1^{er} de la Convention à titre principal et la Charte à titre subsidiaire, la Cour a répondu que le principe de protection juridictionnelle effective constituait « un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui exprimé à l'article 47 de la charte », indiquant sans ambiguïté la priorité qu'elle entendait accorder à cette dernière¹⁶³⁴. Dans d'autres arrêts, la Cour mentionne dorénavant d'abord l'article de la Charte et ensuite son équivalent dans la Convention¹⁶³⁵, même si elle reconnaît qu'il convient de donner aux dispositions de la première la même portée qu'à celles de la seconde¹⁶³⁶. Comme le relève K. Lenaerts, la Cour de justice semble placer les interprétations strasbourgeoises « sur le même plan que ses propres arrêts¹⁶³⁷ ». Ces considérations démontrent à la fois la place fondamentale de la Convention et son statut ambigu dans le droit de l'Union, entre force légitimante et menace pour sa souveraineté¹⁶³⁸. Malgré les visites informelles régulières que se rendent les juges des

¹⁶³³ C.J.U.E., 9 novembre 2010, *Schecke e.a.*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, pts 44-47. La Cour a répété ce motif dans son arrêt *Test-Achats* du 1^{er} mars 2011, précisant que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention et qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit de l'Union, « sont incorporés dans la charte qui, à partir du 1^{er} décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités » (C-236/09, pts 16-17). Dans un autre arrêt, la Cour a rappelé que, « (s)'agissant de droits fondamentaux, il importe, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, de tenir compte de la charte » (C.J.U.E., 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, pt 30).

¹⁶³⁴ C.J.U.E., 8 décembre 2011, *KME Germany AG e.a.*, C-272/09 P, pts 88 et 92 ; 7 juin 2012, *Vinkov*, C-27/11, pt 58.

¹⁶³⁵ C.J.U.E., 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, C-145/09, pts 44-47 ; 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn e.a.*, C-391/09, pt 66 (respect de la vie privée) ; 6 septembre 2011, *Patriciello*, C-163/10, pt 31 (liberté d'expression) ; 29 mars 2012, *Ufficio IVA di Piacenza*, C-500/10, pt 23 (principe du délai raisonnable de jugement).

¹⁶³⁶ C.J.U.E., 15 novembre 2011, *Dereci*, C-256/11, pt 70. L'article 52, § 3 de la Charte dispose que, dans la mesure où elle contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention, « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

¹⁶³⁷ K. LENAERTS, « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Traduction et droits européens*, op. cit., p. 636 et les réf. citées.

¹⁶³⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE évoquent ainsi la « délicate question de l'articulation des deux ordres juridiques européens entre eux » (*De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 66). Voy. également O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working Paper 2005/07*, p. 6-7, disponible à l'adresse suivante : <http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/index.php?pageid=9>.

deux cours¹⁶³⁹, leurs agendas jurisprudentiels et leurs conceptions juridiques ne concordent pas toujours, particulièrement eu égard à leurs textes fondateurs et à leurs enjeux respectifs. Leurs jurisprudences témoignent de cette influence ambiguë.

On l'a vu, la Cour européenne des droits de l'homme a rattaché les exigences de clarté, de précision et de prévisibilité au critère de légalité repris dans plusieurs de ses dispositions. Dans un arrêt *Procédures pénales c. X* du 12 décembre 1996, la Cour de justice a jugé que « le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie, lequel est le corollaire du principe de la légalité des délits et des peines, et plus généralement du principe de la sécurité juridique, s'oppose à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi », précisant que ce principe était notamment consacré par l'article 7 de la Convention¹⁶⁴⁰. La formule de la Cour fut ensuite réutilisée par le tribunal dans son arrêt *Degussa* pour considérer « qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que le principe de légalité des peines est un corollaire du principe de sécurité juridique¹⁶⁴¹ ». Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour a préféré décider que le principe de légalité des peines faisait « partie des principes généraux du droit communautaire se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres¹⁶⁴² ». Dans un autre arrêt, elle a jugé que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au principe de légalité des délits et des peines, qu'elle a transposée au droit de la concurrence¹⁶⁴³, trouvait « un reflet » dans sa jurisprudence selon laquelle l'obligation d'interprétation conforme trouve ses limites dans les principes généraux du droit de

¹⁶³⁹ B. FRYDMAN, « Conclusion », in *Le dialogue des juges*, op. cit., p. 151. Sur ce dialogue des juges, voy. outre les différentes contributions de l'ouvrage précité, A. ROSAS, « The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue », *E.J.L.S.*, 2007, vol. 1, n° 2, p. 1-16.

¹⁶⁴⁰ C.J.U.E., 12 décembre 1996, *Procédures pénales c. X*, C-74/95 et C-129/95, pt 25 (nous soulignons).

¹⁶⁴¹ T.U.E., 5 avril 2006, *Degussa*, T-279/02, pt 66 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. T.U.E., 8 octobre 2008, *Schunk*, T-69/04, pt 28 ; 1^{er} juillet 2009, *ThyssenKrupp*, T-24/07, pt 167.

¹⁶⁴² C.J.U.E., 22 mai 2008, *Degussa*, C-266/06 P, pts 38-43.

¹⁶⁴³ Voy. *supra*, n° 47.

l'Union, « et notamment dans les principes de sécurité juridique et de non-rétroactivité¹⁶⁴⁴ ».

Dans un arrêt *Jungbunzlauer* du 27 septembre 2006, le Tribunal a même affirmé qu'il résultait « de la jurisprudence de la Cour que le principe de légalité est un corollaire du principe de sécurité juridique [...] »¹⁶⁴⁵. Si la notion de corollaire doit bien être comprise comme une proposition qui est dérivée ou déduite d'une autre proposition¹⁶⁴⁶, cela signifierait que le tribunal pose un rapport de dérivation ou de déduction, qui n'a rien d'évident, entre le principe de légalité et celui de sécurité juridique. Une vérification succincte de la jurisprudence de la Cour permet cependant de lever ce malentendu ou, à tout le moins, d'en identifier l'origine. Afin de soutenir son affirmation, le tribunal cite notamment l'arrêt *Procédures pénales c. X* de la Cour, qui visait, semble-t-il, à jeter un pont entre les jurisprudences strasbourgeoise et luxembourgeoise. La formulation de l'arrêt *Jungbunzlauer* ne semble donc être qu'une généralisation malheureuse, et sans doute involontaire, de la jurisprudence de la Cour d'inspiration strasbourgeoise, résultant de l'omission des termes « des peines¹⁶⁴⁷ ». Elle illustre cependant l'ambiguïté existant entre légalité et sécurité juridique, mise en évidence dans notre première partie et qu'il conviendra de clarifier¹⁶⁴⁸.

363. — Si cette influence de la jurisprudence strasbourgeoise est source de confusion, elle a néanmoins eu le mérite de faire adopter par la Cour de justice les motifs strasbourgeois sur la relativité de la notion de prévisibilité, introduisant le ver pragmatique dans le fruit de

¹⁶⁴⁴ C.J.U.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a.*, aff. jtes C-189/02 P [...], pts 219 et 220 (nous soulignons). Voy. aussi les concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'aff. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, pt 102.

¹⁶⁴⁵ T.U.E., 27 septembre 2006, *Jungbunzlauer*, T-43/02, pt 71.

¹⁶⁴⁶ Voy. *supra*, n° 114.

¹⁶⁴⁷ Il n'est pas impossible que le Tribunal ait été influencé par le grief formulé par *Jungbunzlauer*, qui dénonçait une violation du « principe de légalité, corollaire du principe de sécurité juridique » (T.U.E., 27 septembre 2006, *Jungbunzlauer*, T-43/02, pt 37). Cet arrêt illustre les dangers de la logique formulaire. Dans des arrêts ultérieurs, le tribunal a précisé que c'était « le principe de légalité des peines » qui était « un corollaire du principe de sécurité juridique » (28 avril 2010, *Amann*, T-446/05, pt 124 ; 19 mai 2010, *Wieland-Werke* T-11/05, pt 58 ; 13 juillet 2011, *Schindler e.a.*, T-138/07, pt 95).

¹⁶⁴⁸ Voy. *infra*, n°s 472-476.

la logique cartésienne de la sécurité juridique¹⁶⁴⁹. Il est significatif de constater, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme, dont le texte fondateur n'a pas la même ambition politique que ceux de l'Union, a rapidement condamné cette logique cartésienne alors que celle-ci se maintient toujours dans la jurisprudence luxembourgeoise, ce qui conforte la thèse selon laquelle cette logique peut constituer un outil à des fins politiques, dans un objectif de légitimation de l'ordre juridique en cause¹⁶⁵⁰.

C. Un ordre juridique international pas comme les autres

364. — La plus grande contribution de l'ordre juridique de l'Union à la remise en cause de la logique cartésienne de la sécurité juridique tient surtout à ses spécificités qui, à rebours de l'idéal décrit par la Cour de justice (1), donne à voir un système complexe, composé de plusieurs strates normatives et juridictionnelles qui interagissent selon une dynamique qui s'apparente davantage au modèle du réseau qu'à celui de la pyramide kelsénienne (2).

1. Entre l'idéal...

365. — Si l'Union européenne constitue sans nul doute un ordre juridique de droit international, la Cour de justice a tenu à souligner son caractère *sui generis*, lui attribuant d'autorité un caractère *intégré, hiérarchisé, complet et cohérent*. A nouveau, cette tentative doit être appréhendée en tenant compte de la volonté de la juridiction européenne d'assurer *l'effectivité* et la *légitimité* de l'ordre juridique dont elle est la gardienne, comme en attestent les termes de ses décisions fondatrices. Dans son célèbre arrêt *Van Gend en Loos*, elle a accepté de reconnaître un effet direct à une disposition du traité CEE après en avoir envisagé « l'esprit, l'économie et les termes », écartant d'emblée l'approche traditionnelle de droit international public, qui limite ce type d'effet à l'intention des parties contractantes¹⁶⁵¹. Selon la Cour, le

¹⁶⁴⁹ Sur l'influence des droits de l'homme sur la logique subjective de la sécurité juridique, voy. *infra*, n° 420.

¹⁶⁵⁰ Voy. *supra*, n°s 204, 240 et 242.

¹⁶⁵¹ F.C. MAYER, « *Van Gend en Loos* : The Foundation of a Community Law », *op. cit.*, p. 18-20 ; M. RASMUSSEN, « From *Costa v Enel* to the Treaties of Rome... »,

traité CEE contient « plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants », comme le confirme son préambule qui, « au delà des gouvernements, vise les peuples ». Et de conclure que la Communauté constitue « un *nouvel ordre juridique de droit international*, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants », précisant que « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle *efficace* »¹⁶⁵².

366. — Dans son arrêt *Costa/ENEL*, qui consacre le principe de primauté du droit de l'Union, la Cour a répété que, « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un *ordre juridique propre, intégré* au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui *s'impose à leurs juridictions* ». Le droit qui en est issu « ne pourrait donc, en raison de sa *nature spécifique originale*, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, [...] sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ». Selon la Cour, « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains »¹⁶⁵³. Dans son arrêt *Simmenthal II*, la Cour a confirmé que le droit de l'Union faisait « partie *intégrante*, avec rang de *priorité*, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres » et elle a justifié le fait de refuser toute « *efficacité* juridique quelconque à des actes législatifs

op. cit., p. 74 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 243. Les gouvernements avaient plaidé contre la reconnaissance de l'effet direct du traité CEE. Comme l'écrit E. STEIN : « Had the Court followed the governments, Community law would have remained an abstract skeleton, and a great variety and number of Treaty violations would have remained undisclosed and unredressed » (« Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *Am. J. Int'l L.*, 1981, p. 6). P. PESCATORE relève ainsi « the judicial revolution brought about by the Community treaties in the banality of international law » (« *Van Gend en Loos*, 3 February 1963 – A View from Within », *op. cit.*, p. 5).

¹⁶⁵² C.J.U.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 23-25.

¹⁶⁵³ C.J.U.E., 15 juillet 1964, *Costa/ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1158-1160 (nous soulignons). Voy. déjà C.J.U.E., 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.* p. 1148. Sur le principe de primauté, voy. K. LENAERTS, « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Traduction et droits européens*, *op. cit.*, p. 624 et les réf. citées.

nationaux » contraires au droit européen par la nécessité de garantir le « caractère *effectif* d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité¹⁶⁵⁴ ».

L'audace de ces décisions est triple. Elle consiste à affirmer que l'ordre juridique nouveau prime, en cas de conflit, sur les dispositions nationales incompatibles, qu'il consacre une limitation partielle mais définitive de la souveraineté étatique et qu'il appartient à la Cour de déterminer l'effet des dispositions communautaires dans les ordres juridiques nationaux auxquelles elles s'intègrent et, par conséquent, leur invocabilité devant les juridictions nationales. Celles-ci sont considérées comme les premiers organes d'application du droit de l'Union et doivent, en cas de doute sur son interprétation, recourir au mécanisme de la question préjudicielle, qui a été « instituée en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres¹⁶⁵⁵ ». En filigrane, la Cour envoie un double message aux juridictions nationales : elle leur reconnaît un statut privilégié dans l'effectivité du droit de l'Union mais garde la main sur son évolution. En ce sens, H. Hofmann relève que, dans les arrêts *Costa* et *Simmenthal*, la Cour ne consacre pas uniquement une hiérarchie verticale des normes mais, en retenant une conception large du mécanisme préjudiciel, favorise le développement d'un réseau de juridictions nationales selon un système non pas divisé en deux (européen et national) mais nettement plus intégré¹⁶⁵⁶.

367. — Le caractère quasi-révolutionnaire de ces arrêts a fait dire à E. Stein, dans un célèbre article publié en 1981, que « tapie dans le duché féerique du Luxembourg » et ayant bénéficié jusque là de « l'inattention bienveillante des pouvoirs en place et des médias », la Cour de justice avait « façonné un cadre constitutionnel pour une

¹⁶⁵⁴ C.J.U.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, pts 17-18. Sur les réactions des cours constitutionnelles à ces arrêts, voy. I. PERNICE, « *Costa v Enel and Simmenthal*: Primacy of European Law », in *The Past and Future of EU Law*, op. cit., p. 54-57. La Cour a précisé par la suite que l'ordre juridique communautaire était « issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des États membres » (C.J.U.E., 18 mai 1982, *AM & S*, aff. 155/79, pt 18).

¹⁶⁵⁵ C.J.U.E., 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, pt 7. Sur les raisons du succès de ce mécanisme auprès des juridictions nationales, voy. J.H.H. WEILER, « The Least Dangerous Branch... », op. cit., p. 192-197.

¹⁶⁵⁶ H. HOFMANN, « Conflicts and Integration: Revisiting *Costa v Enel and Simmenthal II* », in *The Past and Future of EU Law*, op. cit., p. 64-68.

structure de type fédéral¹⁶⁵⁷ ». Cinq ans plus tard, la Cour affirmait, dans son arrêt *Les Verts*, que la Communauté économique européenne était une « *Communauté de droit* en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la *charte constitutionnelle de base* qu'est le traité », et qui a « établi un système *complet* de voies de recours et de procédures¹⁶⁵⁸ ». On retrouve, sur le plan procédural, l'importance de la complétude, chère aux entreprises jusnaturaliste et positiviste. Sur le plan matériel, on se souvient que la Cour s'était, dès son arrêt *Algera*, attribuée la compétence de combler les lacunes du droit communautaire « sous peine de commettre un déni de justice¹⁶⁵⁹ ». Le postulat de cohérence se trouve également au cœur de la jurisprudence de l'Union. A titre d'exemple, on se contentera d'évoquer son arrêt du 27 février 1985, dans lequel elle a abandonné la référence au raisonnement par analogie pour justifier sa compétence de modulation dans le temps des effets des arrêts préjudiciels en validité et y a substitué un argument fondé sur la « nécessaire cohérence entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation qui constituent deux modalités du contrôle de légalité organisé par le traité¹⁶⁶⁰ ». Après avoir

¹⁶⁵⁷ E. STEIN, « Lawyers, Judges... », *op. cit.*, p. 1 (trad. libre : « Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe »).

¹⁶⁵⁸ C.J.U.E., 23 avril 1986, *Les Verts*, aff. 294/83, pts 22-25 (nous soulignons). Sur la question de savoir si l'Union remplit les conditions du *Rechtsstaat*, voy. J.P. MCCORMICK, « Supranational Challenges to the Rule of Law: the Case of the European Union », in *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 267-282. S. CALMES fait remarquer qu'en droit de l'Union, la « question du rapport direct de dérivation entre "Communauté" de droit et sécurité juridique est le plus souvent occultée » (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 112), ce dont s'étonne X. SOUVIGNET (« L'accès au droit. Principe du droit, principe de droit », *op. cit.*, p. 35). Plus récemment, l'avocat général Geelhoed a écrit que l'article 6, § 1, UE, qui déclare que l'Union est fondée sur l'État de droit, « peut en effet être considéré comme la base formelle » du principe de sécurité juridique dans le traité (ses concl. dans l'aff. C-161/04, *Autriche/Parlement et Conseil*, pt 79).

¹⁶⁵⁹ Voy. *supra*, n° 37. La référence au « déni de justice », dans cet arrêt de 1957, serait clairement inspirée de l'article 4 du Code Napoléon évoqué par l'avocat général Lagrange dans l'affaire *Fédéchar*, aff. 8/55, Rec. p. 277 (M. HERDEGEN, « The Origins and Development... », *op. cit.*, p. 5). Voy. également T.U.E., 14 décembre 2000, CCRE/Commission, T-105/99, pt 59.

¹⁶⁶⁰ C.J.U.E., 27 février 1985, *Société des produits de maïs*, aff. 112/83, pt 17 (nous soulignons). Cette importance de la cohérence est également imposée par les traités.

voulu, dans un premier temps, distinguer l'ordre européen des autres systèmes juridiques internationaux, la Cour semble souligner les points communs entre l'Union et les États membres. Malgré les mérites que peut présenter cette volonté, d'inspiration moniste¹⁶⁶¹, d'assurer l'intégration, la complétude et la cohérence de l'ordre juridique de l'Union sur le plan prescriptif, sa vocation descriptive appelle d'importantes nuances.

2. ... et la réalité

368. — Davantage qu'un exemple de structure moniste, l'ordre juridique de l'Union constitue une illustration du phénomène du pluralisme juridique, compris au sens large comme visant la coexistence de plusieurs systèmes juridiques, qu'ils soient ou non de même nature et sans préjuger de la relation qui les unit¹⁶⁶². Si les ordres juridiques nationaux peinaient déjà à maintenir le mythe de la logique cartésienne de la sécurité juridique, celle-ci s'effondre dans un ordre juridique présentant une complexité accrue, du fait de sa configuration multiniveaux (a), de ses normes atypiques et protéiformes (b), de ses interprètes multiples et dispersés (c) et des enjeux clandestins qui la parcourent (d).

a) Une structure multiniveaux

369. — Malgré les actes de bravoure – de témérité ? – de la Cour de justice, l'Union européenne demeure un système dans lequel coexistent des ordres juridiques nationaux et un ordre juridique européen, dans une configuration qui révèle certes une intégration partielle mais qui échappe à une conception moniste à un double titre. D'une part, alors qu'une telle structure devrait reposer sur un rapport hiérarchique entre les juridictions des États membres et de l'Union, elle présente plutôt des rapports de coopération juridictionnelle. Comme le relève D. Simon, le « hiatus logique entre les rapports d'ordres

L'article 256, § 2 et 3 TFUE, prévoit plusieurs cas de saisine de la Cour lorsque « l'unité ou la cohérence du droit de l'Union » est susceptible d'être affectée.

¹⁶⁶¹ Selon la conception moniste du droit, celui-ci « n'existe que sous la forme d'un système juridique et universel » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 184). Telle est notamment la conception de KELSEN (*Théorie pure du droit*, op. cit., p. 318-330).

¹⁶⁶² De l'indépendance – ou indifférence – totale à une intégration poussée (en ce sens, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 185-187).

normatifs structurés par un principe d'intégration hiérarchisée et les rapports d'ordres juridictionnels articulés selon un principe de partage coordonné constitue ainsi la raison essentielle de la complexité congénitale qui affecte la mise en œuvre du droit communautaire¹⁶⁶³ ». La construction européenne privilégie en effet une idée de décentralisation qui repose sur l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, au point qu'il est tentant de se demander, avec P. Brunet, si la « source du désordre » ne vient pas « de la multiplication des juges¹⁶⁶⁴ ».

D'autre part, même ce « principe d'intégration hiérarchisée » doit être relativisé lorsqu'on tente d'appréhender l'ordre juridique européen et sa dimension « multiniveaux » (« *multilevel* ») pour reprendre la terminologie de la doctrine anglophone¹⁶⁶⁵. Le juriste allemand Ingolf Pernice a d'ailleurs choisi la traduction de « *multilevel constitutionalism* » pour rendre l'expression de « *Verfassungsverbund* » qu'il avait forgée afin de décrire la spécificité européenne, jugée plus ambitieuse que celle de « *Staatenverbund* » (« union d'États »), retenue par la Cour constitutionnelle allemande. Partant de l'idée que le concept de constitution n'est pas limité aux notions d'« État » et de « peuple », il estime que les éléments essentiels du constitutionnalisme européen sont, d'une part, les autorités publiques nationales et européennes et, d'autre part, les individus qui sont assujettis à ces autorités. Les cadres respectifs de ces autorités peuvent être compris comme étant des niveaux constitutionnels distincts mais liés, voire imbriqués, dans une relation davantage complémentaire que hiérarchique¹⁶⁶⁶. Comme le confirment F. Ost et

¹⁶⁶³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 303-304.

¹⁶⁶⁴ P. BRUNET, « La sécurité juridique... », op. cit., p. 250.

¹⁶⁶⁵ Voy. notamment *Cohesion Policy and European Integration: Building Multi-level Governance*, L. Hooghe (ed.), O.U.P., Oxford, 1996; J. SCOTT, « Multi-Level Governance of Climate Change », *Carbon & Climate Law Review*, 2011, p. 25-33; I. PERNICE, F. C. MAYER et S. WERNICKE, « Renewing the European social contract: the challenge of institutional reform and enlargement in the light of multilevel constitutionalism », *The King's College Law Journal*, 2001, p. 61-74. P. POPELIER évoque un ordre juridique « à niveaux multiples » (« La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », op. cit., p. 53).

¹⁶⁶⁶ N. WALKER, « Le constitutionnalisme multiniveaux », in *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, Paris, 2012, p. 443; I. PERNICE, F.C. MAYER et S. WERNICKE, « Renewing the European social contract... », op. cit., p. 62-64. Cette analyse gagne à être complétée par la célèbre distinction de J. WEILER entre « normative supranationalism » et « decisional supranationalism » (« The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267-306).

M. van de Kerchove, le « modèle européen » s'inscrit « malaisément dans l'ordonnancement hiérarchique des pouvoirs » et « contribue fortement à la diffusion de la logique régulatoire propre aux figures en réseau ¹⁶⁶⁷ ».

370. — De même, la cohérence du système juridique européen tient plus de l'idéal que de la réalité. D. Simon se demande si on peut « parler de cohérence au sein d'un système dont la structure institutionnelle est éclatée, dont le processus de décision est illisible, dont l'architecture normative est incompréhensible, dont les mécanismes juridictionnels sont d'une complexité et d'une opacité qui réservent leur accessibilité aux seuls spécialistes, pour le plus grand bien des cabinets d'avocats et pour le plus grand malheur des justiciables ¹⁶⁶⁸ ». En outre, on l'a vu, l'argument de la cohérence peut être instrumentalisé ¹⁶⁶⁹. Certains raisonnements généreux de la Cour en matière de cohérence des voies de recours contrastent avec des décisions dans lesquelles elle insiste sur la différence entre les deux procédures ¹⁶⁷⁰.

371. — Il en va de même du postulat de complétude, révoqué par le célèbre magistrat Lord Denning à la lecture du traité de Rome :

How different is this treaty! It lays down general principles. It expresses its aim and purposes. [...] All the way through the treaty

¹⁶⁶⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 65. D'autres auteurs soulignent le développement au sein de l'Union de relations qui échappent à ce principe de hiérarchie. F.C. MAYER décrit l'Union européenne comme « non-unitary, multilevel system of public power » (« *Van Gend en Loos...* », op. cit., p. 21) et H. HOFMANN comme « unique system of shared sovereignty, in which hierarchic relations are only elements within a wider structure of jointly exercising public powers » (« *Conflicts and Integration...* », op. cit., p. 60-61). M. DAWSON relève pour sa part le développement de méthodes non-hiérarchiques dans pratiquement chaque branche du droit de l'Union (« *Transforming into What ? New Governance in the EU and the 'Managerial Sensibility' in Modern Law* », *W.L.Rev.*, 2010, p. 390).

¹⁶⁶⁸ D. SIMON, « Rapport introductif : Cohérence et ordre juridique communautaire » in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, V. Michel (éd.), Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 31-35. Il propose, au lieu de considérer la cohérence comme une dimension ontologique et axiologique du système, de la voir comme une méthode.

¹⁶⁶⁹ Voy. *supra*, n° 326.

¹⁶⁷⁰ En l'espèce, la procédure en matière d'aides d'État et la procédure en manquement (C.J.U.E., 10 avril 1984, Commission/Belgique, aff. 324/82, pt 12).

there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by regulations or directives. It is the European way¹⁶⁷¹.

Il est vrai que les traités fondateurs se présentaient comme des traités-cadres, laissant à la Cour un large pouvoir pour faire évoluer le droit¹⁶⁷². Si on peut comprendre qu'elle se soit arrogée un rôle actif pour éviter que le droit primaire ne demeure un catalogue de bonnes intentions, il convient de souligner que sa volonté d'éviter tout déni de justice constitue une prise de position politique sur la nature de sa fonction qui n'avait, en tant que telle, rien d'inéluctable¹⁶⁷³. Au contraire, la reconnaissance par la Cour de failles dans le traité révèle en creux son idéal de la construction européenne¹⁶⁷⁴. Entre les idéaux de hiérarchie intégrée, de complétude et de cohérence du droit et la réalité du système juridique européen, le fossé est d'autant plus grand qu'il tend à être

¹⁶⁷¹ *H.P. Bulmer Ltd v. J. Bollinger SA* (n° 2), 1974, Ch. 401.

¹⁶⁷² T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 19 ; L. CARTOU, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. I, *op. cit.*, p. 166. Dans le même sens, P. REUTER écrivait du traité CECA : « Peu de traités mettent une aussi grande complaisance que celui qui a institué la CECA à procéder par voie de principes généraux. C'est là une invitation donnée par le législateur communautaire lui-même à un développement du droit par le juge » (« Le recours de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 279). PERELMAN évoquait pour sa part les traités de l'Union « où l'accumulation des notions à contenu indéterminé a donné des pouvoirs presque exorbitants à la Cour de justice » (« Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 365).

¹⁶⁷³ Elle n'a, du reste, pas hésité à décliner sa juridiction pour des motifs d'ordre procédural (voy. notamment C.J.U.E., 17 février 1977, CFDT/Conseil, aff. 66/76, *Rec.* p. 305 ; 22 mars 2007, Regione Siciliana, C-15/06 P, pt 39 ; 2 octobre 2003, Krupp, C-195/99 P).

¹⁶⁷⁴ C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 115. C'est le constat de « lacunes » qui a permis à la Cour de justifier l'extension des dispositions du traité, et de ses compétences, dans ses arrêts *Defrenne II* ou *Tchernobyl*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a reconnu que le Parlement était recevable à saisir la Cour d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission (C.J.U.E., 22 mai 1990, Parlement/Conseil, C-70/88, pt 16), ce qu'elle avait refusé moins de deux ans plus tôt (C.J.U.E., 27 septembre 1988, Parlement/Conseil, aff. 302/87, pt 28). T. TRIDIMAS observe que la Cour, pour éviter une interprétation ouvertement *contra legem* de l'article 173 CEE établit, dans cet arrêt *Tchernobyl*, l'existence d'une lacune procédurale qu'elle peut par la suite combler en recourant aux principes de l'équilibre institutionnel et de la protection juridictionnelle effective (*The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 19).

minimisé par les juridictions de l'Union, creusant une nouvelle niche pour la précarisation de la certitude du droit.

b) Des normes polys(yst)émiques

372. — Plus encore que dans les ordres juridiques nationaux, les normes européennes témoignent de leur impuissance à préderminer leur application (i), ce que confirme le succès de la nouvelle gouvernance et le développement du *soft law* (ii).

i. Les actes typiques d'une structure atypique

373. — La complexité de l'adoption de la norme européenne « classique »¹⁶⁷⁵ est à la mesure de sa portée. Elle postule en effet d'accomplir le tour de force politique, linguistique et juridique de ramener à un texte unique des dispositions négociées par vingt-huit États et destinées à sortir leurs effets dans vingt-quatre langues officielles et vingt-huit systèmes juridiques différents. Il n'est nul besoin d'être politologue, juriste ou linguiste pour imaginer les compromis politiques de type « *incompletely theorized agreement* »¹⁶⁷⁶ et les malentendus juridiques et linguistiques¹⁶⁷⁷ qui sont susceptibles de jaloner le processus normatif européen. Comme l'écrivait Gadamer, la langue étrangère représente « une aggravation de la difficulté herméneutique, celle de

¹⁶⁷⁵ On qualifie traditionnellement de « typiques » les actes de l'Union qui font partie de la nomenclature des actes juridiques prévue à l'article 288 du TFUE (règlements, directives, décisions, avis et recommandations). A l'exception de ces deux derniers actes, ils ont tous une force obligatoire. Les autres actes juridiques de l'Union, qu'ils soient ou non prévus par le traité, sont dits « atypiques » et sont dépourvus d'effet contraignant.

¹⁶⁷⁶ Sur les *ITA*, voy. n° 314. MADURO confirme la tendance des institutions européennes à adopter des règlements ambigus pour couvrir les désaccords politiques, ce qui amène la Cour à trancher des questions politiques (*We the Court*, *op. cit.*, p. 16-18). Dans le même sens, voy. E. PAUNIO, « Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of law in the EU Legal Order », *G.L.J.*, vol. 10, 2009, p. 1489; T.C. HARTLEY, « Five Forms of Uncertainty... », *op. cit.*, p. 269 et 273.

¹⁶⁷⁷ Pour un compte-rendu du processus linguistique complexe qui préside à l'adoption d'un texte législatif au sein de l'Union, voy. G. TUTS, « La traduction dans l'office du législateur de l'Union européenne », in *Traduction et droits européens*, *op. cit.*, p. 55-68. Sur la source d'insécurité juridique liée au multilinguisme européen, voy. E. PAUNIO et S. LINDROOS-HOVINHEIMO, « Taking Language Seriously... », *op. cit.*, p. 396-397; J. ENGBERG, « Statutory Texts as Instances of Language(s)... », *op. cit.*, p. 1137 et 1154-1155.

l'"étrangeté" et de son dépassement¹⁶⁷⁸ ». L'avocat général Geelhoed imputait ses doutes quant à la possibilité de trouver « un acte législatif communautaire d'application générale qui ne se prête qu'à une seule interprétation sans équivoque » à la difficulté de trouver « un accord au niveau le plus élevé du système législatif communautaire », qui « veut que chaque terme employé ne peut pas, et ne devrait pas, être défini de manière exhaustive et définitive dans l'acte lui-même », de « prévoir à l'avance chaque scénario possible dans lequel la directive peut s'appliquer » ainsi qu'à « l'indétermination linguistique du droit¹⁶⁷⁹ ». Il en va d'autant plus ainsi que le texte qui a fait l'objet d'un consensus doit être traduit dans les différentes langues officielles, toutes les versions linguistiques authentiques se voyant, selon la Cour, « reconnaître la même valeur, laquelle ne saurait varier en fonction de l'importance de la population des États membres¹⁶⁸⁰ ».

374. — En outre, il est impossible de déterminer à l'avance la façon dont ces textes seront réceptionnés dans les différents ordres juridiques. L'irruption d'une norme européenne dans les systèmes nationaux constitue, en effet, une opération sensible. Outre les éventuelles réticences des juridictions nationales, c'est surtout la faculté d'un ordre juridique à recevoir un nouveau concept ou une nouvelle norme qui va déterminer son intégration. Dans certains cas, celle-ci ne se fera pas sans heurt, au risque d'entraîner une altération de la notion européenne et donc une certaine « hétérogénéité dans l'application de la règle » que la Cour a toujours considéré comme un « danger majeur pour l'édification de l'Europe¹⁶⁸¹ ». Paradoxalement, le problème s'aggrave si le système national connaît une norme homonyme, ou similaire mais non exactement identique, les risques de confusion entre les portées respectives des deux normes pouvant être ignorés ou sous-estimés par les juges

¹⁶⁷⁸ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, *op. cit.*, p. 410. Il est vrai qu'il n'y voit pas un obstacle majeur.

¹⁶⁷⁹ Concl. de l'avocat général Geelhoed dans l'aff. C-244/03, France/Parlement et Conseil, pt 74.

¹⁶⁸⁰ C.J.U.E., 2 avril 1998, EMU Tabac e.a., C-296/95, pt 36. Voy. également les art. 4 et 5 du règlement n° 1 de la CEE fixant le régime linguistique de la CEE. T.C. Hartley évoque des doutes quant à la réelle égalité des langues de l'Union, suggérant que le français, l'anglais et l'allemand recevraient davantage d'attention (« Five Forms of Uncertainty... », *op. cit.*, p. 269).

¹⁶⁸¹ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 150.

nationaux¹⁶⁸². Les juridictions européennes, soucieuses d'afficher leur respect à l'égard des systèmes nationaux, contribuent cependant à la confusion en tolérant la coexistence de notions européennes et nationales similaires dans des litiges entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. La Cour considère ainsi que, les principes de protection de la confiance légitime et de la sécurité juridique faisant partie de l'ordre juridique de l'Union, il n'est pas contraire à cet ordre juridique que le droit interne d'un État membre assure leur respect¹⁶⁸³.

Ce souci de respecter les différences nationales n'est cependant pas toujours compatible avec l'exigence d'interprétation uniforme, qui exclut qu'un texte de droit européen soit considéré isolément dans une de ses versions et impose qu'il soit interprété « à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues¹⁶⁸⁴ ». En cas de divergence entre les versions linguistiques d'un texte, la disposition litigieuse « doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément¹⁶⁸⁵ ». Cette recherche

¹⁶⁸² Bien que la Cour ait explicitement précisé que, « même en cas de concordance exacte des versions linguistiques », le droit communautaire utilise « une terminologie qui lui est propre » et que « les notions juridiques n'ont pas nécessairement le même contenu en droit communautaire et dans les différents droits nationaux » (6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81, pt 19), le réflexe premier d'un juge, certainement s'il est peu féru de droit comparé ou de droit européen, sera d'interpréter la notion dans le sens qui lui est familier. Sur la question, voy. notamment L. AZOULAI, « La jurisprudence de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 182-190.

¹⁶⁸³ Même si c'est « à condition que l'intérêt communautaire soit également pris en considération » (C.J.U.E., 9 octobre 2001, Flemmer e.a., aff. jtes C-80/99 à C-82/99, pts 60 et 61). Comme le relève l'avocat général Cosmas, il n'est pas évident que « la volonté d'établir un lien entre éléments nationaux et éléments communautaires pour créer un concept ambivalent de confiance légitime » soit de nature à améliorer la sécurité juridique (ses concl. dans l'aff. C-83/98 P, Ladbroke Racing, pts 67-68).

¹⁶⁸⁴ C.J.U.E., 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, *Rec.* p. 419; 12 juillet 1979, Koschniske, aff. 9/79, pt 6; 17 octobre 1996, Konservenfabrik Lubella, C-64/95, pt 17 et la jurispr. citée; 3 avril 2008, Endendijk, C-187/07, pts 14-26. Sur les règles applicables en matière de langue, voy. K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, 2^e éd., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 510-514; J. BOULOUIS, « Quelques réflexions à propos du langage juridique communautaire », *Droits*, 1991, p. 97-103.

¹⁶⁸⁵ C.J.U.E., 21 novembre 1974, Moulijn, aff. 6/74, pts 10-11; 27 octobre 1977, Regina, aff. 30/77, pts 14; 28 mars 1985, Commission/Royaume-Uni, aff. 100/84, pts 15-17; 24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a., C-72/95, pt 28 à 31; 5 décembre 1996, Merck, aff. jtes C-267/95 et C-268/95, pts 21 à 24; 13 avril 2000, W.N., C-420/98, pt 21; 16 septembre 2004, Commission/Espagne, C-227/01, pt 45. Pour des arrêts relatifs à des problèmes de traductions divergentes, voy. C.J.U.E., 12 novembre

ardue d'uniformité sémantique (un signifié unique) dans un contexte de divergences littérales (des signifiants multiples) ne manque pas de poser problème dans une Union toujours plus multilingue. La Cour, on l'a vu, est consciente du fait que l'élimination de divergences linguistiques par voie interprétative peut, dans certaines circonstances, aller à l'encontre de la logique subjective du principe de sécurité juridique, notamment lorsqu'elle l'amène à s'écarter du sens usuel des mots¹⁶⁸⁶.

ii. Les actes atypiques ou le *soft law*

375. — Loin de l'idéal promu par les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa/ENEL*, l'histoire de l'ordre juridique européen montre que son effectivité a fréquemment été mise à l'épreuve de sa légitimité, elle-même tour à tour remise en cause par les États membres (politique de la chaise vide), par leurs juridictions suprêmes (saga *Solange*) ou par leurs citoyens (échecs des référendums). La réaction des autorités européennes a toujours été de poursuivre l'expansion de l'Union, par ses élargissements successifs et l'acquisition de nouvelles compétences. Une tendance nationale à la dérégulation et un scepticisme croissant envers la légitimité de l'Union ont plongé la construction européenne et sa législation, de plus en plus importante, complexe et technique, dans une crise qui a commencé dès la fin des années 1980 et s'est cristallisée autour de l'adoption du traité de Maastricht. Alors que les décisions fondatrices de la Cour cherchaient à établir un système unifié, ce traité a promu la fragmentation en établissant un système à trois piliers et en posant les conditions de possibilité d'une intégration différenciée, en deux mots : une Europe à plusieurs vitesses¹⁶⁸⁷. Le besoin accru de légitimité, de transparence mais également d'effectivité a amené les autorités européennes à adopter progressivement une nouvelle politique législative, fondée sur les principes de proportionnalité et de subsidiarité et des modes alternatifs de régulation. A partir de là, le recours

1969, Stauder, aff. 29/69 ; 3 mars 1977, Kerry Milk, aff. 80/76 ; 13 mai 1981, SPA, aff. 66/80 ; 15 avril 1997, Woodspring, C-27/95.

¹⁶⁸⁶ Voy. les arrêts *North Kerry Milk et Röser* (*supra* n°s 63 et 144).

¹⁶⁸⁷ M. DAWSON, « Transforming into What ?... », *op. cit.*, p. 398. Le nouveau système a notamment introduit la possibilité d'accords de coopération renforcée et des procédés d'« *opting out* » pour certains États membres.

à des instruments juridiques de *soft law* s'est multiplié, de concert avec le succès du concept de (nouvelle) gouvernance¹⁶⁸⁸.

376. — Symptomatiques de cette évolution, les conclusions du Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 proposent, afin d'établir une société de la connaissance alliant compétitivité et promotion sociale, d'adopter une « méthode ouverte de coordination », décentralisée et destinée à « l'amélioration des processus existants ». Cette méthode préconise un « rôle renforcé d'orientation et de coordination » joué par le Conseil, la diffusion des « meilleures pratiques », la définition de « lignes directrices pour l'Union, assorties de calendriers spécifiques », d'un « suivi » et d'un « examen par les pairs¹⁶⁸⁹ ». Elle privilégie l'établissement de normes *procédurales* communes à la définition de standards unifiés, l'orientation détaillée ou l'élaboration des plans nationaux n'étant, en pratique, pas le fait du Conseil européen mais bien le fruit de réseaux informels, au sein d'une structure administrative complexe¹⁶⁹⁰. Quelques mois après ces conclusions, la Commission a publié son « Livre blanc sur la gouvernance européenne », censé poser « des jalons pour l'avenir de l'Europe et indique(r) les domaines où les nouveaux modes de fonctionnement seront pleinement *effectifs* si les traités sont modifiés¹⁶⁹¹ ». L'exécutif européen constate que la « légitimité » de l'Union appelle une « participation plus large des citoyens

¹⁶⁸⁸ Pour un exposé plus complet de cette évolution, voy. notamment O.A. STEFAN, « Hybridity Before the Court: A Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law », *E.L.R.*, 2012, p. 49-69, 2012; D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », in *Les sources du droit revisitées*, *op. cit.*, vol. I, p. 329-380; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Portland, 2004, p. 9-22. Parmi les actes européens de *soft law* figurent notamment les recommandations, les communications, les lignes directrices, les codes de conduites, les orientations ou les déclarations (*ibid.*, p. 123-225). Le *soft law* européen peut être défini comme désignant des règles de conduite qui, bien qu'à défaut d'effet contraignant, peuvent néanmoins avoir certains effets juridiques et pratiques (L. SENDEN, « Soft law and its implications for institutional balance in the EC », *Utrecht Law Review*, 2005, p. 81). Voy. également N. DE SADELEER et I. HACHEZ, « Hiérarchie et typologie des actes juridiques de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 96.

¹⁶⁸⁹ Ces conclusions sont disponibles à l'adresse suivante, consultée pour la dernière fois le 10 décembre 2012 : http://consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/press-Data/fr/ec/00100-r1.f0.htm.

¹⁶⁹⁰ M. DAWSON, « Transforming into What?... », *op. cit.*, p. 406. Sur le lien entre *soft law* et la méthode ouverte de coordination, voy. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁹¹ « Livre blanc sur la gouvernance européenne », COM(2001) 428 final, disponible

et des organisations » à la conception et à l'application des règles européennes, « préalable indispensable à des politiques plus *efficaces* et plus pertinentes », ce qui signifie que « le modèle "linéaire" consistant à décider des politiques au sommet doit être remplacé par un cercle vertueux, basé sur l'interaction, les réseaux et sur une participation à tous les niveaux, de la définition des politiques jusqu'à leur mise en œuvre », mais également « en complétant plus *efficacement* les instruments de ses politiques par des outils non législatifs » et des règles « non contraignantes, telles que recommandations, lignes directrices ou même autorégulation à l'intérieur d'un cadre convenu en commun¹⁶⁹² ». A nouveau, l'intrication entre les objectifs d'effectivité et d'efficacité, d'une part, et les exigences de légitimité, d'autre part, est manifeste. Elle se concrétise dorénavant par la recherche d'outils alternatifs aux instruments législatifs classiques.

377. — Cette évolution participe à faire du droit de l'Union un droit de plus en plus *fragmenté* et *déformalisé*¹⁶⁹³. Son caractère fragmenté est de nature à entraver l'application uniforme du droit de l'Union¹⁶⁹⁴, chère au principe de sécurité juridique tel qu'il est défini par la Cour, d'autant que le rôle des juridictions s'avère moins évident dans le cadre de la nouvelle gouvernance qui s'éloigne des concepts classiques de règles élaborées par des institutions de l'Union et comportant des droits individuels¹⁶⁹⁵. Il en va de même de son caractère de plus en

à l'adresse suivante, consultée pour la dernière fois le 10 décembre : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf.

¹⁶⁹² « Livre blanc sur la gouvernance européenne », *op. cit.*, p. 2-13. Voy. l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (*J.O.* C 321 du 31 décembre 2003, p. 1-5).

¹⁶⁹³ M. DAWSON, « Transforming into What?... », *op. cit.*, p. 392. Dans le même sens, voy. C. SCOTT, « The Governance of the European Union : the Potential for Multi-Level Control », *E.L.J.*, 2002, p. 63 ; J. SCOTT, « In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for European administrative law », *C.M.L.R.*, 2011, p. 353.

¹⁶⁹⁴ L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁹⁵ J. SCOTT et S. STURM, « Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance », *Colum. J. Eur. L.*, 2006-2007, p. 566. Selon J. SCOTT : « Post-legislative guidance will frequently escape the scrutiny of these courts » (« In legal limbo... », *op. cit.*, p. 329). Il convient cependant de préciser que le traité prévoit dorénavant la possibilité d'introduire des recours en annulation contre, en substance, les actes législatifs, les actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et les actes du Parlement européen, du Conseil européen, des organes ou organismes de l'Union « destinés » à produire des effets juridiques à l'égard des tiers (art. 263 TFUE). La Cour de justice est également compétente pour statuer, à titre préjudiciel sur la

plus déformalisé. Si le recours au *soft law* est notamment justifié par la volonté de faire intervenir les acteurs de terrain dans le processus normatif¹⁶⁹⁶, tant la complexification, voire l'opacité du processus que sa vocation à la flexibilité et à l'adaptabilité tendent à invalider les prétentions de la logique cartésienne de la sécurité juridique¹⁶⁹⁷.

c) Des interprètes en réseau

378. — Si aucun élément ne permet d'affirmer que les juges européens seraient plus ou moins subjectifs que leurs collègues nationaux, il est en revanche incontestable que, issus d'ordres juridiques parfois très différents, ils ne partagent pas nécessairement les mêmes « systèmes de signification¹⁶⁹⁸ ». Le plateau du Kirchberg constitue en effet le point de rencontre ultime de cultures juridiques et de langues très différentes¹⁶⁹⁹. Certes, après plus de cinquante ans, une « précompréhension » s'est constituée à partir du système juridique de l'Union mais elle ne suffit pas à prévenir les conflits d'interprétations voire, ce qui est plus grave lorsqu'ils passent inaperçus, les malentendus interprétatifs. Du reste, l'ambiguïté n'est pas toujours fortuite, comme l'illustre le phénomène des *ITA* mis en évidence par C. Sunstein¹⁷⁰⁰. Il paraît difficile d'ignorer le fait que certaines formules sybillines de la Cour auraient pour origine un compromis difficile entre les juges d'une même chambre, particulièrement en

validité et l'interprétation de tous les « actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union » (art. 267 TFUE).

¹⁶⁹⁶ Comme le relève M. DAWSON, en dépit des justifications qui sont mises en évidence par les institutions européennes, cette évolution pose néanmoins la question de la légitimité de cette informalisation dès lors que les procédures choisies ne sont jamais neutres et que la nouvelle gouvernance tend à manquer de transparence (« Transforming into What?... », *op. cit.*, p. 406-410).

¹⁶⁹⁷ Sur le danger que peut représenter le *soft law* pour la sécurité juridique, voy. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 28, 101-102 et 338-340. Le *soft law* pose notamment problème au niveau de son accessibilité. La Cour de justice a ainsi jugé que le droit de l'Union ne s'opposait pas à ce qu'une autorité nationale se réfère, dans une décision par laquelle elle impose des obligations réglementaires à un opérateur de services de communications électroniques, à des lignes directrices qui n'avaient pas été publiées dans la langue de cet opérateur (C.J.U.E., 12 mai 2011, Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09, pts 23 et 30).

¹⁶⁹⁸ Sur cette notion, voy. *supra*, n° 317.

¹⁶⁹⁹ Sur les problèmes relatifs à l'emploi des langues à la Cour, voy. K. MCAULIFFE, « La traduction dans l'office des juges européens », *op. cit.*, p. 39-54.

¹⁷⁰⁰ Voy. *supra*, n° 314.

l'absence d'opinion dissidente. La consécration de principes généraux communs à plusieurs États membres et qui sont traditionnellement rattachés à l'État de droit illustre parfaitement ce phénomène, d'autant que les juridictions évitent souvent l'écueil d'une définition trop précise¹⁷⁰¹. Il est intéressant à cet égard de recueillir le témoignage des acteurs principaux du jeu juridictionnel. Lorsqu'il décrit son expérience à la Cour, l'ancien juge T. Koopmans souligne l'influence de l'origine des juges ainsi que de leur passé professionnel. Selon lui, l'enjeu consiste à déterminer les sujets sur lesquels un débat est possible, dès lors que certains juges ont des convictions bien ancrées sur certaines questions et que les conceptions partagées sont moins nombreuses que dans une juridiction nationale. S'il constate que, contrairement à la Cour suprême américaine, il n'existe pas de coalitions de juges sur des points de droit précis, il relève cependant plusieurs lignes de division, selon les ordres juridiques d'origine¹⁷⁰². L'issue d'une instance juridictionnelle européenne ne dépend donc pas uniquement des normes édictées en amont mais également de la composition de la chambre amenée à examiner le cas d'espèce. Tel est d'autant plus le cas en droit de l'Union que la plupart des affaires sont examinées par des chambres de trois, cinq ou

¹⁷⁰¹ M. MADURO relève ainsi que le recours à des principes universels permet un accord sur une question politique délicate et controversée en déférant ses effets pratiques à une solution juridique qui peut être dérivée de ces principes (« Interpreting European Law... », *op. cit.*, p. 11). Dans le même sens, P. MORVAN écrit que « (l')imprécision sémantique que la généralité imprime au principe favorise [...] l'agrément de la norme par ses destinataires » (*Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 291). Sur les principes généraux du droit de l'Union, voy. *infra*, n° 389-400.

¹⁷⁰² T. KOOPMANS, « Judicial-Decision making », in *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton Publishing, 1996, p. 93-104. Selon lui, certains juges auraient tendance à favoriser tantôt l'intérêt de l'Union, tantôt l'intérêt national selon les matières. En droit administratif, les Français, Grecs, Italiens, Espagnols, Belges et Luxembourgeois se montreraient plus formels alors que les Allemands, les Danois, les Hollandais et les pays de *Common law* seraient plus pragmatiques. Le rôle d'une entreprise privée diviserait le Nord et le Sud, sans même évoquer les différences fondamentales entre pays de droit continental et de *common law* (*ibid.*, p. 98-100). J. STEENBERGEN et l'ancien juge J. MERTENS DE WILMARS soulignent le danger pour l'unité de l'ordre juridique de l'Union de ces « attitudes et réflexes empruntés aux différents droits nationaux » (« La notion de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 454-455).

onze juges (grande chambre) provenant d'ordres juridiques différents, l'assemblée plénière n'étant convoquée qu'exceptionnellement¹⁷⁰³.

379. — Encore, si le droit de l'Union ne dépendait que des juridictions de l'Union, on pourrait envisager une « mise à niveau » européenne, partielle et progressive de leurs juges. L'architecture juridictionnelle de l'Union repose cependant sur une coopération avec les juridictions nationales, par le biais notamment du mécanisme préjudiciel¹⁷⁰⁴. Bien qu'il soit généralement considéré comme étant porteur de sécurité juridique¹⁷⁰⁵, sa structure et son fonctionnement présentent de nombreuses failles dans lesquelles peuvent s'engouffrer des situations d'incertitude. La Cour considère ainsi qu'il doit être fait exception à l'obligation qui pèse sur les juridictions de dernier ressort de poser une question préjudicielle lorsque la règle européenne constitue un « acte clair », soit un acte dont l'application correcte s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée¹⁷⁰⁶. Le juge national doit cependant être convaincu que la même évidence s'imposerait aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice, et évaluer cette possibilité « en fonction des caractéristiques du droit communautaire et des difficultés particulières que présente son interprétation », à savoir la multiplication de versions linguistiques faisant foi, sa terminologie propre et

¹⁷⁰³ Voy. les articles 11 *bis* à *quater* du règlement de procédure de la Cour. Conformément à l'article 16, alinéas 4 et 5 du statut de la Cour, auquel renvoie l'article 44, § 3, alinéa 3 du règlement, l'assemblée plénière n'est convoquée que lorsque la Cour doit statuer sur la démission du Médiateur européen (article 228, § 2 TFUE) ou d'un commissaire (article 245, § 2 TFUE), relever de ses fonctions un membre de la Cour des comptes (article 286, § 2 TFUE), ou « lorsqu'elle estime qu'une affaire dont elle est saisie revêt une importance exceptionnelle ».

¹⁷⁰⁴ Sur les résistances des juges nationaux à se tourner vers les juridictions européennes, voy. P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », *op. cit.*, p. 28-29. Sur la dépendance de la Cour de justice par rapport aux États membres et l'impact de cette dépendance sur ses décisions, voy. J.P. MCCORMICK, « Supranational Challenges to the Rule of Law... », *op. cit.*, p. 277-279.

¹⁷⁰⁵ L.-P. SUETENS et R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », *op. cit.*, p. 41. F. Tulkens observe que le mécanisme préjudiciel apporte une certaine sécurité en ce qui concerne le contenu de la règle (« Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », in *L'accélération du temps juridique*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 475).

¹⁷⁰⁶ Voy. *supra*, n° 118.

les divergences de sens que peuvent revêtir des notions juridiques en droit de l'Union ou national, sans oublier l'exigence de replacer chaque disposition de droit de l'Union dans son contexte et de l'interpréter « à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite¹⁷⁰⁷ ». Cette volonté légitime de la Cour de diminuer sa charge de travail quand son intervention n'est pas requise pose cependant plusieurs problèmes du point de vue de la sécurité juridique. D'une part, la notion d'acte clair demande, pour le moins, à être relativisée¹⁷⁰⁸, d'autant que son respect par les juridictions nationales, couplé à la force normative des principes généraux et à l'application mécanique des exigences de clarté imposées par la sécurité juridique, aurait pour conséquence d'entraîner l'invalidation de toutes les normes de droit dérivé faisant l'objet de questions préjudicielles en interprétation posées à bon escient¹⁷⁰⁹. En effet, dès lors que la sécurité juridique exige des actes clairs et que la Cour dispense les juridictions de poser une question préjudicielle en cas d'acte clair, seuls les actes violant la sécurité juridique devraient faire l'objet d'une telle question. Par ailleurs, les exigences imposées par la Cour sont telles que seul l'Hercule de Dworkin pourrait avoir la connaissance de droit européen et de droit comparé suffisante, la maîtrise linguistique et le temps nécessaires pour procéder aux vérifications requises¹⁷¹⁰.

Une autre incertitude relative au mécanisme préjudiciel réside dans la réponse apportée par la Cour à la question posée, qui révèle

¹⁷⁰⁷ C.J.U.E., 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81, pts 16-20.

¹⁷⁰⁸ Voy. *supra*, n° 320.

¹⁷⁰⁹ La sécurité juridique exigeant des actes clairs et la doctrine de l'acte clair dispensant les juridictions de poser une question préjudicielle, seuls les actes violant la sécurité juridique devraient faire l'objet d'une telle question.

¹⁷¹⁰ L'avocat général Juiz-Jarabo Colomer a invité la Cour à abandonner cette condition dès lors que, « dans la réalité de 2005 », elle « se révèle surréaliste et ne répond pas à la préoccupation historique ayant présidé à son adoption, à savoir celle de mettre un terme aux excès de la théorie de l'acte clair commis par certaines juridictions statuant en dernier ressort dans les États membres » (ses concl. dans l'aff. C-461/03, Schul, pts 52-53). La Cour l'a néanmoins maintenue dans son arrêt *Intermodal* du 15 septembre 2005 (C-495/03) : « La juridiction nationale doit notamment être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour » (pt 39). Il est vrai que cette exigence n'a, à notre connaissance, pas été répétée depuis. Sur la question, voy. L. AZOULAI, « La jurisprudence de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 188.

son approche ambiguë du litige soumis au juge national¹⁷¹¹. Selon une jurisprudence constante, la Cour estime qu'elle « n'est pas compétente pour apprécier les faits au principal ou pour appliquer à des mesures ou à des situations nationales les règles communautaires dont elle a donné l'interprétation, ces questions relevant de la compétence exclusive de la juridiction nationale¹⁷¹² ». Cette conception de la nature *in abstracto* de sa saisine paraît cependant difficilement réconciliable avec certains arrêts où elle affiche un interventionnisme important¹⁷¹³, entraînant une délimitation peu claire et largement imprévisible de son degré d'intervention dans le litige national¹⁷¹⁴.

En outre, l'effectivité des arrêts de la Cour dépend des juridictions nationales en cas de réponse à une question préjudicielle¹⁷¹⁵. Même

¹⁷¹¹ Sur la redéfinition par la Cour des prétentions des parties, étendue, restreinte, ou détournée pour déterminer « l'espace juridictionnel » ou la « substance de l'ordre juridique communautaire », voy. L. AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 160.

¹⁷¹² C.J.U.E., 30 mars 2006, Calafiori, C-451/03, pt 69 et la jurispr. citée; 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09, pt 22. Voy. déjà C.J.U.E., 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* p. 672. Selon J. Boulouis, « le rôle de la Cour n'est nullement d'appliquer le droit mais seulement de le dire en forme d'interprétation objective, indépendante en principe de toute considération d'espèce » (« A propos de la fonction normative de la jurisprudence... », *op. cit.*, p. 156).

¹⁷¹³ J.H.H. WEILER, « The transformation of Europe », *op. cit.*, p. 28. Sur la situation de la Cour, qui doit trouver un juste milieu entre des réponses trop abstraites, et donc inutilisables par le juge *a quo*, et trop concrètes, donc peu généralisables, voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 432.

¹⁷¹⁴ M.P. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 19. T. TRIDIMAS observe que, depuis la fin des années 1990, la Cour fait preuve de « *selective deference* » vis-à-vis des États membres. Alors que, dans certaines matières, elle se contente de déférer des choix au niveau national, elle garde la main dans d'autres domaines (*The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 557-558 et les réf. citées). Comp. notamment les arrêts de la Cour *Belgocodex* du 3 décembre 1998 (C-381/97, pt 26) et *Grundig Italiana* du 24 septembre 2002 (C-255/00, pts 39-40). L'ancien président de la Cour J. Mertens de Wilmars distingue plusieurs hypothèses dans lesquelles la Cour sera encline à choisir l'interprétation qui laisse peu ou pas de latitude à « l'usager de la règle jurisprudentielle », notamment lorsque les compétences de la Communauté sont en jeu ou lorsqu'il s'agit d'assurer l'uniformité de l'application du droit communautaire ou le maintien de l'acquis communautaire (« Arguments de raison et arguments d'autorité... », *op. cit.*, p. 89).

¹⁷¹⁵ Cette effectivité dépend également de la bonne volonté des autres acteurs : les institutions de l'Union en cas d'annulation, de déclaration d'invalidité, de condamnation dans le cadre d'un recours en responsabilité ou en carence, les États membres en cas de remise en cause de leur législation ou de recours en manquement. Sur le problème résultant pour les institutions de l'Union de l'exécution de certains arrêts, voy. A. DEFOSSEZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice... », *op. cit.*

si, en principe, « il leur appartient de juger si elles sont suffisamment éclairées par la décision préjudicielle rendue, ou s'il est nécessaire de saisir de nouveau la Cour¹⁷¹⁶ », il est plausible qu'elles préfèrent s'accommoder de la réponse reçue que de mettre en avant leur incompréhension¹⁷¹⁷, de courir le risque de recevoir des éclaircissements qui ne les arrangent pas ou de retarder encore la procédure. Comme le relève L. Azoulai, le contexte d'application des interprétations abstraites fournies par la Cour de justice « est un contexte asymétrique, où chaque autorité d'application poursuit sa propre stratégie suivant les finalités particulières de l'ordre juridique souverain auquel elle appartient » et, lors de l'application, il est inévitable que « les lecteurs de l'œuvre jurisprudentielle soumettent celle-ci à des transformations, à des altérations, à des déformations¹⁷¹⁸ ». Il en résulte que, même après la prononciation de l'arrêt européen, le sujet de droit n'est pas nécessairement au bout de ses (mauvaises) surprises¹⁷¹⁹.

Enfin, et plus fondamentalement, le mécanisme préjudiciel constitue une source potentielle d'incertitude majeure dans la mesure où il n'est soumis à aucune limite dans le temps. En d'autres termes, une question relative à la validité et à l'interprétation de n'importe quel acte pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ainsi qu'à

p. 58 et les exemples cités. Selon ces auteurs, la question de l'effet des arrêts de la Cour est « soumise au plus grand désordre » (*ibid.*, p. 46).

¹⁷¹⁶ C.J.U.E., 24 juin 1969, Milch-, Fett- und Eierkontor, aff. 29/68, *Rec.* p. 165.

¹⁷¹⁷ Sur les limites du dialogue préjudiciel, en termes de malentendus et d'indétermination, voy. A. BAILLEUX et N. BONBLED, « De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre) : de Bruges à Bruges, en passant par Bruxelles et Luxembourg », *R.I.E.J.*, vol. 57, 2006, p. 219-253.

¹⁷¹⁸ L. AZOULAI, « La jurisprudence de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 188 et 192. D'anciens membres de la Cour évoquent « des acteurs institutionnels multiples, communautaires et nationaux, dont les visées ne sont pas nécessairement – et généralement pas – concordantes à un instant donné » (J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 151).

¹⁷¹⁹ Comme le relèvent M. MADURO et L. AZOULAI : « The law is as much a product of judicial interpretation as it is of the reactions to that interpretation by the political process and other relevant actors » (« Introduction. The Past and Future of EU Law », *op. cit.*, p. xvi-xvii).

l'interprétation des traités, peut être posée à n'importe quel moment par une juridiction nationale¹⁷²⁰.

d) Des enjeux clandestins

380. — La plupart des cours suprêmes sont amenées à devoir tenir compte d'éléments extérieurs au droit positif, *stricto sensu*, que ce soit des considérations d'équité ou de nature politique. Au niveau européen, la situation s'avère nettement plus complexe. La Cour de justice a dû – et doit encore – trouver un juste et difficile équilibre entre les intérêts et les sensibilités, souvent incompatibles, de l'Union, des citoyens et des États membres¹⁷²¹, y compris leurs juridictions. Il apparaît ainsi que la Cour accorde une importance particulière à ce qu'elle considère comme étant l'intérêt de l'Union, et qui ne fait pas nécessairement l'unanimité (i). Il apparaît également que les juridictions de l'Union ne demeurent pas insensibles au caractère équitable de leurs décisions, sans pour autant le reconnaître explicitement (ii). Or, la façon dont ces enjeux s'articulent dépend nécessairement des circonstances de chaque affaire, ce qui en rend l'issue particulièrement imprévisible. Héritiers du positivisme juridique, les juges européens ont témoigné d'une certaine pudeur à poursuivre explicitement ces finalités contextuelles et axiologiques. Cette clandestinité ne suffit cependant pas à masquer le coup que la casuistique qui en résulte porte à la logique cartésienne de la sécurité juridique.

i. L'intérêt de l'Union

381. — Si, formellement, la notion d'intérêt de l'Union s'est faite plutôt discrète dans les premiers arrêts de la Cour¹⁷²², il semble pourtant

¹⁷²⁰ A. BARAV, « Déviation préjudicielle », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 246; F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », *op. cit.*, p. 475; concl. de l'avocat général Darmon dans l'affaire 112/83, Société des produits de maïs, *Rec.* p. 728.

¹⁷²¹ La question de la prise en compte de l'intérêt des États ne fera pas l'objet d'un examen distinct (sur cette question, voy. notamment l'arrêt *Förster*, *supra* n° 101, ou la reconnaissance du principe de l'autonomie procédurale, notamment dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Emmott*, *supra*, n° 140).

¹⁷²² Le traité CEE mentionnait déjà l'« intérêt de la Communauté » (article 90, § 2), l'« intérêt commun » (article 92, § 3, c) et l'« intérêt général de la Communauté » (article 157), auxquels se réfère la Cour dans un arrêt du 15 juillet 1960, lorsqu'elle évoque les « intérêts communautaires consacrés par le traité » (Italie/Haute Autorité, aff. 20/59, *Rec.* p. 692). On trouve ensuite des occurrences plus tardives dans des

que la plupart de ses arrêts fondateurs aient été inspirés par un intérêt distinct de celui des particuliers et des États membres¹⁷²³. Dans son arrêt *Nold*, la Cour a explicitement confirmé qu'il était « légitime » de réserver à l'égard des droits fondamentaux « l'application de certaines limites justifiées par les *objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté*, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits¹⁷²⁴ ». L'intérêt de l'Union intervient également sous la forme d'intérêt « public impérieux » ou « péremptoire » lorsqu'il s'agit de refuser d'accompagner des nouvelles règles de mesures transitoires, au point que les avocats généraux et la doctrine en ont fait une condition d'application de la confiance légitime¹⁷²⁵. Enfin, la Cour estime qu'il existe « un intérêt communautaire certain » à ce que les règles du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme grâce à sa jurisprudence¹⁷²⁶.

Il n'est guère aisé de définir cet intérêt de l'Union dès lors qu'il correspond avant tout à ce que la Cour en dit, selon les circonstances

arrêts du 4 avril 1974 (Commission/France, aff. 167/73, pt 15 : « l'intérêt général communautaire »), du 25 mai 1978 (HNL, aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, pt 5 : « intérêt général »), du 29 novembre 1978 (Pigs Marketing Board, aff. 83/78, pt 64 : « intérêt général de la Communauté ») ou du 13 décembre 1979 (Liselotte Hauer, aff. 44/79, pt 23 : « objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté »). Dans son avis n° 1/75 du 11 novembre 1975, la Cour évoquait l'importance de ne pas empêcher la Communauté de « remplir sa tâche dans la défense de l'intérêt commun » (*Rec.* p. 1355).

¹⁷²³ H. DUMONT, « La légitimité européenne dans la doctrine de la Cour constitutionnelle allemande. Un regard critique », in *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, C. Cheneviere et G. Duchenne (dir.), UCL Presses universitaires de Louvain, 2011, p. 13. D. SIMON estime que le « contrat social » européen suppose un « intérêt commun » qui « ne recouvre pas nécessairement la somme algébrique des intérêts individuels » et un « intérêt général autonome » de la Communauté, qui ne se réduit pas « au seul ajustement des intérêts particuliers de chacune de ses composantes » (*Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 47).

¹⁷²⁴ C.J.U.E., 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, pt 14 (nous soulignons). Comme le relève R. MEHDI, la notion d'intérêt général de l'Union est encore plus complexe qu'au niveau national (« Variations sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 193).

¹⁷²⁵ Voy. *supra*, n° 44, 91 et 121 et *infra*, n° 465. Selon T. TRIDIMAS, il joue également un rôle fondamental dans le contrôle des conditions de la rétroactivité (*The General Principles of EU law*, *op. cit.*, p. 251).

¹⁷²⁶ C.J.U.E., 11 décembre 2007, *Morris*, C-280/06, pt 26 et la jurispr. citée. Sans surprise, les juridictions nationales, si elles doivent « préserver les intérêts des justiciables » doivent « également prendre pleinement en considération l'intérêt communautaire » (C.J.U.E., 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung e.a.*, C-368/04, pt 48).

de l'espèce. A l'évidence, il est imprégné des objectifs, principalement économiques, du traité¹⁷²⁷. On aurait tort cependant de limiter l'intérêt de l'Union à l'établissement d'un marché commun, comme le montre la consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux¹⁷²⁸. Au risque de se montrer désespérément simplificateur, cet intérêt consiste le plus souvent pour la Cour en une intégration plus poussée et plus effective de l'Union, en d'autres termes : plus et mieux d'Europe¹⁷²⁹. Le problème est, évidemment, de déterminer dans quelle direction cette intégration doit se diriger, eu égard à la multiplication des objectifs, parfois contradictoires, que s'est fixée l'Union au fil des années¹⁷³⁰. En outre, les eurosceptiques remettent en cause, non sans raison, l'équation entre les termes « intérêt général » et « intérêt de l'Union¹⁷³¹ ».

382. — Une des difficultés relatives à l'intérêt de l'Union réside dans le fait qu'il opère souvent sous une forme ésotérique dans les motivations

¹⁷²⁷ Comme le relève V. HOLDERBACH-MARTIN, « déplorer l'affrontement de la rationalité économique et de la rationalité juridique reste stérile, car les enjeux économiques induisent toute la spécificité de cet ordre juridique » (*Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 504).

¹⁷²⁸ En ce sens, voy. M.P. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 70-76.

¹⁷²⁹ E. STEIN, « Lawyers, Judges... », *op. cit.*, p. 24; J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, *op. cit.*, p. 7). M. MADURO et L. AZOULAI soulignent que la Cour ne joue pas toujours un rôle d'agent d'intégration mais agit parfois « in a counter-majoritarian way » lorsqu'elle restreint les pouvoirs des autres institutions de l'Union (« Introduction. The Past and Future of EU Law », *op. cit.*, p. xvi). La notion d'intérêt de l'Union connaît un sens restreint dans le cadre des pouvoirs de la Commission en matière de concurrence (voy. notamment C.J.U.E., 4 mars 1999, *Ufex e.a.*, C-119/97 P, pts 80-82; 17 mai 2001, *IECC*, C-450/98 P, pts 56-59 et les concl. de l'avocat général Colomer).

¹⁷³⁰ L. AZOULAI relève que « cette représentation que la Cour a contribué à créer » d'un « droit cohérent, solidement fondé, conceptuellement unifié, ordonné à des fins simples et aisément mobilisables » est à présent mise en cause par la multiplication des fins due à l'extension du champ d'application du droit de l'Union, et au fait que ces fins ne se hiérarchisent plus aisément dans une Union qui voit la fin de l'« ère de l'hégémonie des libertés économiques et de la présence évidente des objectifs d'intégration » (« La jurisprudence de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 184). Sur le contenu idéologique de la notion d'intérêt général, voy. Th. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 9 et 78.

¹⁷³¹ Sur le lien entre intérêt général et légitimité de l'action publique, voy. *infra*, n^{os} 441-442. La notion de légitimité diffère du reste entre la Cour de justice de l'Union et les juridictions suprêmes nationales. Sur la question, voy. H. DUMONT, « La légitimité européenne... », *op. cit.*, p. 11-29.

jurisprudentielles¹⁷³², ce qui complique son identification et peut induire en erreur le justiciable en ce qui concerne le motif réel de la décision qui le concerne. Plusieurs auteurs constatent ainsi que les juges du Kirchberg sont plus exigeants lorsqu'ils contrôlent des mesures nationales que des mesures de l'Union¹⁷³³. La situation est particulièrement flagrante en matière de récupération des aides publiques illégales dès lors que la Cour se montre nettement plus sévère pour le remboursement des aides nationales (les « aides d'État ») que pour celui des aides européennes¹⁷³⁴. Le droit interne de certains États, comme l'Allemagne, offre en effet une protection importante des destinataires d'aides publiques par le biais de ces deux principes. La Cour ayant reconnu qu'ils faisaient partie de l'ordre juridique européen, elle pouvait difficilement ne pas accepter qu'ils puissent être invoqués au niveau national. La particularité des aides nationales est qu'elles doivent être notifiées préalablement à la Commission. Selon la Cour, « compte tenu du caractère impératif » de ce contrôle « les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue », ce dont un « opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer¹⁷³⁵ ». Derrière le raisonnement

¹⁷³² Voy. également les exemples cités en première partie, *supra* nos 85, 86, 95, 101, 112, 144 et 151.

¹⁷³³ Notamment dans l'examen de leur proportionnalité (R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 258 et les réf. citées). Il en va ainsi en matière de libre circulation des marchandises (M.P. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 76-78 et les réf. citées). Sur le fait que la Cour aurait tendance à utiliser la limitation dans le temps des effets de ses arrêts pour faire primer les intérêts financiers de l'Union, voy. A. DEFOSSEZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 85 et les réf. citées.

¹⁷³⁴ Ce que reconnaissent du reste l'avocat général Jacobs dans l'aff. C-24/95, *Alcan* (pts 17 et 31) et l'avocat général Cosmas dans ses concl. dans l'aff. C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, pt 58 (« l'intérêt communautaire, qui impose le remboursement de l'aide étatique, pèse manifestement plus lourd que celui au remboursement de l'aide communautaire »).

¹⁷³⁵ C.J.U.E., 20 septembre 1990, *Commission/Allemagne*, C-5/89, pts 13-19 (sur cet arrêt, voir M. DONY, « Les aides illicites et la confiance légitime », *R.D.C.*, 1991, p. 83-88). Il est vrai que la Cour accepte de ne pas exclure la possibilité, pour le bénéficiaire de l'aide, d'invoquer des circonstances exceptionnelles ayant pu fonder une confiance légitime dans son chef quant à la régularité de l'aide mais, comme le relève I. CROIZIER, obtenir la reconnaissance de « circonstances exceptionnelles » en la matière relève « de l'exploit » (« Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire relative aux aides d'État », in *Le droit de l'Union européenne en principes : Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éditions

affiché, c'est clairement l'effectivité du système européen des aides d'État qui est en jeu et la crainte que les États membres n'accordent des aides irrégulières et invoquent des principes généraux du droit protecteurs des particuliers pour éviter leur récupération. Certains auteurs ont ainsi relevé que cette différence de traitement entre la récupération d'aides nationales et européennes traduisait, dans le chef de la Cour, une conception de la confiance légitime comme simple « instrument de cohésion économique et sociale au sein de l'ordre juridique communautaire¹⁷³⁶ » et exprimait « un véritable positionnement en terme de choix politiques », voire démontrait un « soutien indéfectible à l'action de la Commission¹⁷³⁷ ».

383. — Dans certains cas, la prévalence de l'intérêt de l'Union se pare des atours de la sécurité juridique, dans sa logique politique, pour faire échec à sa logique subjective. Tel est le cas lorsqu'elle adopte, de façon purement prétorienne, des motifs d'irrecevabilité d'actions portées devant elle par des États membres ou des particuliers et qui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'Union¹⁷³⁸. Dans ce cas, bien qu'elle invoque le principe de sécurité juridique pour justifier ces solutions, elle fait en réalité prévaloir l'intérêt de l'Union sur la sécurité juridique des sujets de droit, qui voient leur action jugée irrecevable en l'absence de règle préétablie. On se souvient également que la juridiction européenne considère que les opérateurs économiques ne peuvent « légitimement s'attendre à ce qu'une situation juridique donnée demeure inchangée » dans le cadre des marchés communs¹⁷³⁹. Or, comme le relève X. Groussot, ce que la jurisprudence justifie en termes de prévisibilité vise en fait la large marge d'appréciation des

Apogée, Rennes, 2006, p. 230 et 232). Voy. également M. DONY, *Commentaire J. Mégret : contrôle des aides d'État*, 3^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 461 et les deux exemples où la confiance légitime a été admise.

¹⁷³⁶ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 264.

¹⁷³⁷ I. CROIZIER, « Le principe de confiance légitime... », *op. cit.*, p. 221-223 et 241, et la jurispr. citée. Sur la spécificité du principe de confiance légitime dans le domaine de la concurrence par rapport aux autres branches du droit de l'Union, voy. encore l'arrêt *Dansk Rørindustri* précité, pt 175 et le commentaire de K. Nordlander (*C.M.L.R.*, 2006, vol 43, p. 571-582).

¹⁷³⁸ Voy. notamment les arrêts *Riva*, *Cantina* et la jurisprudence *TWD*, *supra* nos 58, 103, 138 et 143.

¹⁷³⁹ Voy. *supra*, n°91. Dans certains cas, il est vrai que ces initiatives prétorienne bénéficient également à d'autres particuliers.

autorités dans ce qu'il appelle l'intérêt public¹⁷⁴⁰ mais qui constitue surtout l'intérêt de l'Union. En d'autres termes, de l'importance de l'intérêt de l'Union qui est en jeu dépend la prise en compte, inversement proportionnelle, de l'argument de la prévisibilité¹⁷⁴¹.

ii. L'équité européenne

384. — Les juges européens ne sont pourtant pas insensibles à l'intérêt des sujets de droit de l'Union, que ce soient des particuliers ou des États membres et, le cas échéant, en marge de la lettre des textes. Tel est notamment le rôle joué par l'équité¹⁷⁴². Bien que présentée par l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer comme un des « deux piliers de tout système juridique » avec la sécurité juridique¹⁷⁴³, elle n'a jamais été reconnue explicitement comme un principe général du droit de l'Union par la Cour de justice¹⁷⁴⁴. Certes, dans son arrêt *First City Trading*, la Cour a évoqué « les principes généraux du droit communautaire, et en particulier [...] l'équité » mais après avoir précisé que celle-ci ne permettait « pas de déroger à l'application des dispositions communautaires hors les cas prévus par la réglementation ou dans l'hypothèse où la réglementation elle-même serait déclarée invalide », lui refusant de la sorte les attributs des autres principes¹⁷⁴⁵. Il ne peut cependant lui être réservé

¹⁷⁴⁰ X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 209. Il relève également que le principe de confiance légitime triomphe plus souvent dans les dossiers de fonctionnaires que lorsque une politique économique est concernée (*ibid.*, p. 211 et la jurispr. citée).

¹⁷⁴¹ S. CALMES relève que, dans plusieurs cas, le « label » de sécurité juridique est utilisé afin d'assurer l'efficacité ou l'équilibre économique (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 123 et les réf. citées).

¹⁷⁴² Nous reviendrons sur cette notion ultérieurement (*infra*, n° 494).

¹⁷⁴³ Concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les aff. jtes C-187/01 et C-385/01, Gözütok et Brügge, pt 49.

¹⁷⁴⁴ Malgré différentes tentatives infructueuses (C.J.U.E., 30 novembre 1972, Granaria, aff. 18/72, pts 14-18; 28 juin 1977, Balkan Import-Export, aff. 118/76, pts 8-10; 14 novembre 1985, Neumann, aff. 299/84, pt 33; 28 juin 1990, Hoche, C-174/89, pt 31). L'avocat général Stix-Hackl a justifié cette jurisprudence par le fait qu'« un simple examen sommaire des ordres juridiques des États membres montre que tous les États membres ne connaissent pas de principe d'équité » (ses concl. dans l'aff. C-248/04, Koninklijke Coöperatie Cosun (pts 57-59). Ce constat n'est pas surprenant vu le rôle « clandestin » de l'équité dans plusieurs États membres.

¹⁷⁴⁵ C.J.U.E., 29 septembre 1998, *First City Trading*, C-263/97, pts 48 et 61. Dans un arrêt récent, le tribunal a conclu que « les principes d'équité et de sécurité juridique » n'avaient pas été violés par la Commission (T.U.E., 24 mars 2011, FRA.BO SpA, T-381/06, pt 62).

le même traitement que d'autres « principes », allégués mais jamais consacrés par la Cour¹⁷⁴⁶. Plusieurs arrêts témoignent ainsi d'un impact significatif et explicite de l'équité¹⁷⁴⁷, même si son intervention dans la jurisprudence de la Cour est essentiellement clandestine, ce qui n'est pas de nature à garantir la sécurité juridique¹⁷⁴⁸.

385. — *En conclusion*, l'ensemble de ces éléments et, surtout, leur combinaison sont de nature à hypothéquer les prétentions de la logique cartésienne de la sécurité juridique. A rebours de la prétention du droit à déterminer à l'avance les conséquences juridiques qu'un tribunal sera amené à tirer d'une situation particulière, le procès européen doit être compris dans la configuration qu'il présente, à tous le moins en puissance : celle d'un *événement*.

Section 3. — La potentialité événementielle de l'instance juridictionnelle

386. — Aux tenants de la conception d'un droit capable d'être entièrement prédéterminé par le législateur, les théoriciens du droit ont opposé une conception plus complexe de la juridicité, qui refuse de faire l'impasse sur l'intervention de l'interprète de la norme et sur le contexte de sa mise en œuvre¹⁷⁴⁹. Aux antipodes de l'idéal cartésien,

¹⁷⁴⁶ L'avocat général Sharpston évoque le « principe d'équité » dans ses concl. dans l'aff. C-288/05, Kretzinger, pt 70.

¹⁷⁴⁷ C.J.U.E., 13 février 1969, Wilhelm, aff. 14/68, pt 11 (« Une exigence générale d'équité [...] implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction »); 15 mars 1973, Marcato, aff. 37/72, pts 14-15 (un recours est jugé recevable pour des motifs d'équité); 20 février 1975, Reich, aff. 64/74, pt 3 (l'exception prévue par un règlement « trouve sa justification dans des raisons d'équité »); 5 février 1976, Süddeutsche Zucker, aff. 94/75, pt 5 (« tant la logique que l'équité » amènent la Cour à considérer que le « sucre balayé » est concerné par un règlement qui ne le vise pas expressément).

¹⁷⁴⁸ Voy. notamment les arrêts sur les quotas de production de lait (*supra*, n° 124), ainsi que l'arrêt *Sturgeon* déjà évoqué (*supra*, n° 355), dans lequel la Cour a favorisé exclusivement les consommateurs, au détriment des compagnies aériennes et d'une lecture plus respectueuse de l'intention du législateur européen. V. HOLDERBACH-MARTIN observe que, « en réalité, la véritable dimension de l'équité réside dans sa dimension secrète. Son influence sur les principes généraux du droit mérite d'être soulignée » (*Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 36).

¹⁷⁴⁹ Voy. notamment F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 398-399; G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 46; O. DE SCHUTTER,

nous affirmons dans leur sillage que tout litige juridictionnel, outre le fait qu'il est le signe manifeste que quelque chose, dans la logique cartésienne de la sécurité juridique, n'a pas fonctionné¹⁷⁵⁰, est l'occasion d'une radicale imprévisibilité¹⁷⁵¹. Il ne s'ensuit pas que toute décision est imprévisible mais qu'elle l'aura été au moins potentiellement. Nous tenterons d'éclairer cette position en nous inspirant des écrits d'Alain Badiou, tout en précisant que le philosophe ne s'inscrit pas du tout dans une démarche de théorie du droit (A). Nous illustrerons ensuite notre propos en examinant brièvement ces normes atypiques que sont les principes généraux du droit de l'Union (B).

A. L'événement

387. — Selon Alain Badiou, il existe quatre procédures de vérité : le mathème (la science), le poème (l'art), l'invention politique et l'amour (ou « statut événementiel du Deux »), qui constituent les quatre conditions de la philosophie. Le problème se pose lorsque la philosophie

Fonction de juger et droits fondamentaux, op. cit. ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation », op. cit.*

¹⁷⁵⁰ Le litige relève le plus souvent de l'indésirable et de l'imprévisible pour le législateur ou pour le particulier. On se souviendra de la déclaration radicale de Kantorowicz : « 'A judgment must be foreseeable'. A lovely idea of course, but eternally unattainable. If a judgment were foreseeable, there would be no litigation as well as no judgments, for who would endure a lawsuit in which he, as it was foreseen, would lose? » (*supra*, n° 255).

¹⁷⁵¹ F. OST relève le gouffre existant entre le texte de loi et la norme qui se dégagera de son interprétation, dès lors que ce texte devra être confronté au complexe de faits, à la raison et à l'équité, selon une configuration « dont nul ne peut faire la synthèse a priori » (« Retour sur l'interprétation », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 81). Selon DERRIDA, « (l)a justice comme expérience de l'altérité absolue, est imprésentable, mais c'est la chance de l'événement et la condition de l'histoire » (*Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, Paris, 2005, p. 61). P. MOOR souligne le problème de la « décision sur le contenu de la norme comme tel, dont l'élaboration repose nécessairement sur l'exercice d'un pouvoir et qui demeure imprévisible – contrairement aux lois scientifiques qui ne sont pas l'œuvre de l'homme ». Selon lui, il « subsiste ici une boîte noire d'où l'imprévisibilité peut surgir – imprévisibilité qui est consubstantielle à tout acte politique » (*Pour une théorie micropolitique du droit, op. cit.*, p. 42-43). Pour G. TIMSIT, la codétermination et la surdétermination dans un système dialogique donnent lieu « à ces variations qui rendent les solutions juridiques dans de tels systèmes à proprement parler imprévisibles » (*Les noms de la loi, op. cit.*, p. 196). Voy. aussi les positions des CLS et de la théorie structurante du droit, *supra* n°s 283 et 285.

se suture, c'est-à-dire quand elle « livre le tout de la pensée à *une* procédure générique », qu'elle délègue ses fonctions à telle ou telle de ses conditions. L'époque cartésienne a donné la priorité à la condition mathématique alors que la condition historico-politique s'est imposée à partir de Rousseau, Hegel et Marx. Selon lui, le XIX^e siècle « a été largement dominé par des sutures », dont la principale « a été la suture positiviste, ou scientiste, qui a attendu de la science qu'elle configure par elle-même le système achevé des vérités du temps ». Nietzsche et Heidegger livrent la philosophie à l'art, « dont le cœur est le poème », et la psychanalyse se présente comme « le traitement moderne de la condition amoureuse¹⁷⁵² ».

Les procédures de vérité (qu'il appelle également génériques) se distinguent de la simple accumulation des savoirs par leur « origine événementielle ». Pour que se déploie une procédure de vérité, il faut qu'un « événement » vienne compléter une situation, soit un « état de choses, un multiple présenté quelconque¹⁷⁵³ ». Cet « événement » n'est « ni nommable ni représentable par les ressources de la situation », il apparaît comme étant « en excès sur une situation¹⁷⁵⁴ », comme une singularité irréductible, un « hors-la-loi » de la situation. Le processus de vérité s'origine de la décision de « se rapporter désormais à la situation *du point de vue du supplément événementiel* », ce qu'il appelle une « fidélité », soit le fait « de se mouvoir dans la situation que cet événement a complété, en pensant [...] la situation «selon» l'événement ». La « vérité » peut alors être définie comme étant le « processus réel d'une fidélité à un événement », ce que cette fidélité « *produit* dans la situation », ou encore le « tracé matériel, dans la situation, de la supplémentation événementielle ». Il s'agit bien d'une rupture car « ce qui rend possible le processus de vérité – l'événement – n'était pas dans les usages de la situation, ni se laissait penser par les savoirs établis ». L'événement est « à la fois situé – il est événement de telle ou

¹⁷⁵² A. BADIOU, *Manifeste pour la philosophie*, Les Éditions du Seuil, Paris, 1989, p. 18, 23-24 et 41-42. La philosophie traite du caractère « compossible » de ces procédures, et « n'établit » aucune vérité, mais « dispose d'un lieu de vérités » (*ibid.*, p. 39).

¹⁷⁵³ A. BADIOU, *Manifeste pour la philosophie*, *op. cit.*, p. 16-17. Il écrit ailleurs : « En fait, toute situation, en tant qu'elle est, est un multiple composé d'une infinité d'éléments, dont chacun est lui-même un multiple » (*L'Éthique. Essai sur la conscience du mal*, Nous, Caen, 2003, p. 43).

¹⁷⁵⁴ A. BADIOU, *Manifeste pour la philosophie*, *op. cit.*, p. 89.

telle situation- et supplémentaire, donc absolument détaché, ou délié, de toutes les règles de la situation¹⁷⁵⁵ ». Tel a notamment été le cas de la révolution française, de la création galiléenne de la physique, ou de l'invention du style musical classique par Haydn¹⁷⁵⁶. De même, la vérité se présente comme étant à la fois une nouveauté et en même temps ce qu'il y a « de plus stable, de plus proche, ontologiquement parlant, de l'état de choses initial¹⁷⁵⁷ ».

388. — Il n'est pas besoin d'entrer davantage dans les subtilités de cette pensée complexe pour en retirer un bénéfice pour notre étude. Deux notions nous paraissent fructueuses à cet égard, celle de suture et, surtout, celle d'événement. Si les procédures de vérité ne sont pas les conditions du droit, celui-ci partage néanmoins avec la philosophie d'avoir souffert de sutures par le passé, au point de nous empêcher de comprendre que tout procès a la capacité d'être l'événement qui fait advenir une nouvelle procédure de vérité... juridictionnelle. En prolongeant l'analogie avec l'analyse de Badiou, on constate que, depuis le XVII^e siècle, le droit a, en effet, livré « le tout de sa pensée » au modèle scientifique, rejoint au XIX^e par la condition historico-politique et qui culmine dans la théorie positiviste. Les deux victimes de ces sutures sont, d'une part, l'*art* de juger et, d'autre part, la conception aristotélicienne du droit comme régulant des *relations* avant de garantir des droits subjectifs. Tout procès n'est certes pas un événement mais recèle la potentialité qu'advienne cette singularité irréductible, capable de supplémer la situation de départ car, tout en étant issue de cette situation, elle « n'était pas dans les usages de la situation, ni se laissait penser par les savoirs établis ». Il peut s'agir d'un revirement de jurisprudence ou d'une décision fondamentale qui pouvait paraître inattendue dans l'ordre juridique préexistant, et qui résulte de cette confrontation, propre à tout litige juridictionnel, entre « une définition

¹⁷⁵⁵ A. BADIOU, *L'Éthique*, op. cit., p. 62-65 et 92. L'événement contraint « à décider d'une nouvelle manière d'être », en ce qu'il implique un énoncé, antérieurement indécié, qui se détache de lui et subsiste une fois l'événement disparu, « et, ce faisant, modifie toute la logique de la situation ». En même temps, il comble un vide : « le caractère ontologique fondamental d'un événement est d'inscrire, de nommer, le vide situé de ce pour quoi il est événement » (*ibid.*, p. 13, 61 et 92-94).

¹⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 96.

¹⁷⁵⁷ A. BADIOU, *Manifeste pour la philosophie*, op. cit., p. 17. Il la définit encore comme suit : « production post-événementielle d'un multiple générique de la situation dont elle est vérité » (*ibid.*, p. 90).

et une histoire¹⁷⁵⁸ ». Il ne s'agit évidemment pas de comparer une décision de la Cour de justice à la Révolution française ou la création galiléenne de la physique mais de mettre en évidence un processus qui est susceptible d'avoir lieu dans tout nouveau litige¹⁷⁵⁹. Sauf s'il s'agit d'un cas exceptionnel ou d'une erreur manifeste, il est possible que cet événement juridictionnel donne suite à une nouvelle « vérité judiciaire », comprise comme fidélité à ce qui devient un précédent lorsqu'il « fait jurisprudence ». Or, par définition, il est impossible de prévoir à l'avance l'occurrence d'un tel événement. Ce qui peut paraître au juriste moderne comme une faille douloureuse du système relevait pourtant de l'évidence pour les casuistes chrétiens du Moyen-Âge, qui s'ingéniaient à mettre au point des « configurations inattendues destinées à faire problème¹⁷⁶⁰ ». Le « cas », en effet, c'est ce qui « tombe », c'est-à-dire qu'il ne tombe pas toujours bien, même parfois à côté de la norme¹⁷⁶¹. Il ne faut donc guère s'étonner qu'une partie des problèmes mis en évidence dans la première partie de notre étude soit imputable à la façon, aléatoire, dont les « cas » sont tombés devant les juges européens. Le mode opératoire des principes généraux illustre à merveille la logique événementielle de l'instance juridictionnelle, en ce qu'il offre une palette quasi-infinie de combinaisons juridico-factuelles.

¹⁷⁵⁸ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷⁵⁹ Il serait peut-être plus respectueux, eu égard à ce qu'il qualifie d'événement, de parler de « micro-événement ».

¹⁷⁶⁰ J.-Cl. PASSERON et J. REVEL, « Raisonner à partir de singularités », *op. cit.*, p. 16. Il est vrai que la casuistique a perdu sa respectabilité il y a trois cents ans, même s'il opère depuis quelques années un retour discret, notamment dans les comités d'éthique (A.R. JONSEN et S. TOULMIN, « A quoi sert la casuistique ? », in *Penser par cas*, *op. cit.*, p. 104 ; S. BOARINI, « Collection, comparaison, concertation. Le traitement du cas, de la casuistique moderne aux conférences de consensus », in *Penser par cas*, *op. cit.*, p. 146 et les exemples cités).

¹⁷⁶¹ Cas vient de « *casus* », participe passé substantivé de « *cadere* », tomber (S. BOARINI, « Collection, comparaison, concertation... », *op. cit.*, p. 130). Selon cet auteur, « Le modèle du syllogisme pratique ne convient pas – au moins pour cette raison que le cas est inscrit dans un contexte et dans une situation » (*ibid.*, p. 131). J.-Cl. PASSERON et Cl. RAVEL relèvent que le cas trouve « une première définition subjective, toute négative, dans l'interruption qu'il impose au mouvement coutumier de l'expérience perceptive, comme au parcours prévu d'un discours descriptif, argumentatif ou prescriptif » (« Raisonner à partir de singularités », *op. cit.*, p. 16).

B. Les principes généraux du droit

389. — Les principes généraux constituent le clou du cercueil de la logique cartésienne de la sécurité juridique et l'archétype de la qualification de l'instance juridictionnelle comme événement potentiel. Malgré les tentatives de les intégrer dans la conception classique de l'ordre juridique (1), leur mode opératoire se caractérise par l'indétermination *a priori* de leur action, invalidant définitivement toute prétention cartésienne associée au principe général de sécurité juridique (2)¹⁷⁶². Il est donc nécessaire d'abandonner définitivement cette logique (3).

1. La théorie

390. — Afin de faire rentrer les principes généraux dans le « rang » positiviste, la doctrine a proposé le modèle du juge qui constate leur existence en exprimant la volonté tacite du législateur¹⁷⁶³. Dans le droit fil des postulats de la pensée juridique moderne, ils ont été présentés comme garantissant la *complétude*¹⁷⁶⁴ et la *cohérence* du

¹⁷⁶² Pour une approche plus détaillée, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in *Les sources du droit revisitées*, *op. cit.*, vol. I, p. 161-205.

¹⁷⁶³ J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », *op. cit.*, p. 420.

¹⁷⁶⁴ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 1980, p. 355; T. TRIDIMAS, *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 18; O. WIKLUND et J. BENGOTXEA, « General Constitutional Principles of Community Law », in *General Principles of European Community Law*, *op. cit.*, p. 137; J.-M. SAUVE et N. POLGE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 734; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 17; M. AKEHURST, « The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities », *B.Y.I.L.*, 1981, p. 29-30. Voy. également les concl. de l'avocat général Bot dans l'affaire C-555/07, *Kucukdeveci*, pt 80, et de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire C-101/08, *Audiolux*, pt 110. Selon F. MODERNE, les principes généraux ont « pour fonction de laisser croire que l'ordre juridique détient en lui-même toutes les ressources nécessaires pour résoudre les litiges » (« Légitimité des principes généraux... », *op. cit.*, p. 736-738).

système juridique¹⁷⁶⁵, grâce à leur rôle « unificateur¹⁷⁶⁶ » ou « harmonisateur¹⁷⁶⁷ », capital « pour l'unité et l'homogénéité du système¹⁷⁶⁸ ». Il n'est dès lors guère surprenant que la Cour de justice se soit rapidement intéressée à ces normes bénéficiant d'une certaine *légitimité* au niveau national et qui constituent le « véhicule » normatif idéal pour importer des concepts d'autres ordres juridiques¹⁷⁶⁹. En ce qu'ils ont vocation à ouvrir le système juridique européen à des valeurs partagées et à protéger des droits individuels, les principes généraux sont en effet susceptibles de répondre aux exigences d'une acceptabilité rationnelle¹⁷⁷⁰. Ce phénomène de légitimation est manifeste dans la consécration des droits fondamentaux comme principes généraux¹⁷⁷¹, mais également

¹⁷⁶⁵ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique*, *op. cit.*, p. 70-71. Comme le relève Ph. GÉRARD : « Culminant dans le postulat de cohérence et de complétude de l'ordre juridique, une exigence de rationalité formelle tend à faire concevoir les principes comme les règles premières d'un ensemble hiérarchisé de dispositions non contradictoires, issues de sources distinctes » (*Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 279).

¹⁷⁶⁶ J.-M. SAUVE et N. POLGE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 734.

¹⁷⁶⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Éd. du Seuil, 1994, p. 84.

¹⁷⁶⁸ H. BUCH, « A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1972, t.3, p. 419. Sur ces postulats de complétude et de cohérence, voy. *supra*, n° 325.

¹⁷⁶⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 551 et s.; K. LENAERTS et J. GUTIÉRREZ-FONS, « The constitutional allocation of powers and general principles of EU law », *C.M.L.R.*, 2010, p. 1629; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 549 et 556. Selon Maduro, « Reference to the general principles of law common to the Member States is [...] an expression of the particular legitimacy of the Community legal order [...] » (« Interpreting European Law... », *op. cit.*, p. 6). D. SIMON relève que, pour les juges européens, « le recours à des syllogismes rigoureux dont la majeure était constituée par des « principes » apparemment bien établis avait l'incontestable avantage de donner une façade majestueuse à un raisonnement dont les prémisses étaient ainsi parées de la dignité de normes échappant au soupçon » (« Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 301).

¹⁷⁷⁰ En ce sens, voy. O. WIKLUND et J. BENGOTXEA, « General Constitutional Principles of Community Law », *op. cit.*, p. 140; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁷⁷¹ Voy. notamment M. AKEHURST, « The Application of General Principles of Law... », *op. cit.*, p. 41. Dans sa décision concernant l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux, le Conseil européen a expressément reconnu que le respect des ceux-ci était « l'un des principes fondateurs » de l'Union et « la condition indispensable pour sa légitimité » (annexe IV aux conclusions de la présidence du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, disponible à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm#an4).

de principes traditionnellement attachés à l'État de droit, tels que la sécurité juridique, la légalité, ou l'égalité. L'exemple le plus frappant est cependant la consécration du principe de responsabilité extracontractuelle des États membres en cas de violation du droit de l'Union. La Cour l'avait d'abord justifié par la nécessité d'assurer « la pleine efficacité des normes communautaires » dans son arrêt *Francovich*¹⁷⁷², avant de modifier son argumentation quelques années plus tard, en raison des protestations du gouvernement allemand. S'appuyant cette fois sur la disposition du traité en matière de responsabilité extracontractuelle de la Communauté, la Cour affirma qu'elle n'était « qu'une expression du principe général connu dans les ordres juridiques des États membres, selon lequel une action ou omission illégale entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé », y compris « pour les pouvoirs publics¹⁷⁷³ ». En d'autres termes, plutôt que d'invoquer l'efficacité, la Cour a préféré justifier sa solution par l'identification d'un principe général commun aux droits des États membres, bien plus acceptable par ceux-ci.

391. — L'efficacité et, surtout, *l'effectivité* de l'ordre juridique européen, se trouvent pourtant au cœur de la plupart des principes propres au droit de l'Union¹⁷⁷⁴. Il en va ainsi des principes de coopération loyale, d'effectivité, de l'effet utile ou d'interprétation conforme¹⁷⁷⁵. La Cour n'a pas hésité à conférer « rang constitutionnel » à tous les principes

¹⁷⁷² C.J.U.E., 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, pts 33-36.

¹⁷⁷³ C.J.U.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, pts 24-29. Sur ces arrêts, voy. M. HERDEGEN, « The Origins and Development... », *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁷⁴ Sur le rapport entre ces notions, voy. *supra*, note 1319.

¹⁷⁷⁵ Le principe de l'effet utile exige, lorsqu'une disposition du droit de l'Union est susceptible de plusieurs interprétations, de « donner la priorité à celle qui est de nature à sauvegarder son effet utile » (C.J.U.E., 24 février 2000, *Commission/France*, C-434/97, pt 21 ; 9 mars 2000, *EKW e.a.*, C-437/97, pt 41 ; 25 octobre 2007, *Fortum Project*, C-240/06, pts 36-38). Le principe d'interprétation conforme exige qu'un texte de droit national ou dérivé soit interprété, « dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité et les principes généraux du droit communautaire » (C.J.U.E., 26 juin 2007, *OBFG*, C-305/05, pt 28 ; 21 mars 1991, *Rauh*, C-314/89, pt 17 et la jurispr. citée). La Cour estime que cette obligation ne peut, pour des raisons de sécurité juridique, servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national, mais « requiert néanmoins que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence [...] aux fins de garantir la pleine effectivité de la directive en cause » (C.J.U.E., 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06, pts 100-101). Voy. J.-P. JACQUÉ, « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *R.A.E.-L.E.A.*, 2007-2008, p. 715-717. Sur les deux autres principes, voy. *supra* n° 61 et note 617.

généraux¹⁷⁷⁶ et à imposer leur respect au droit dérivé¹⁷⁷⁷. En théorie, ils permettent donc de contrôler la validité de ce dernier, même s'il met en œuvre des accords internationaux conclus par l'Union¹⁷⁷⁸. Ils constituent également un outil d'interprétation du droit primaire et du droit dérivé¹⁷⁷⁹. Par ailleurs, la violation par l'Union d'un principe général est susceptible d'entraîner la mise en cause de sa responsabilité¹⁷⁸⁰. Enfin, dans le champ d'application du droit de l'Union, les autorités nationales doivent assurer le respect de ces principes sous peine de justifier l'écartement par les juridictions nationales de la règle nationale litigieuse, conformément au principe de primauté, voire l'introduction d'un recours en responsabilité extracontractuelle ou en manquement contre l'État négligent¹⁷⁸¹. Cette relative clarté théorique ne peut cependant masquer la casuistique quasi-absolue de la pratique, qui vient rompre la chaîne causale de la certitude postulée par le modèle cartésien de la sécurité juridique.

2. La pratique

392. — Si certains principes sont contenus dans des textes de droit primaire ou dérivé¹⁷⁸², la plupart ont été consacrés par les juridictions de l'Union¹⁷⁸³, au terme d'un itinéraire qualifié de « parfois hésitant, souvent

¹⁷⁷⁶ Voy. *supra*, n° 308.

¹⁷⁷⁷ C.J.U.E., 19 septembre 2000, Ampafrance, aff. jtes C-177/99 et C-181/99, pt 68. Voy. également les concl. des avocats généraux Stix-Hackl (aff. Omega, C-36/02, pts 49-54) et Mazak (aff. C-411/05, Palacios de la Villa, pt 136).

¹⁷⁷⁸ Voy. C.J.U.E., 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, C-122/95 ; 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05P. Ils peuvent en outre empêcher la conclusion de ces accords (voy. les avis n° 1/76 de la Cour du 26 avril 1977 relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, pt 20 et n° 1/91 de la Cour du 14 décembre 1991 sur le projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'AELE sur la création de l'EEE).

¹⁷⁷⁹ M. AKEHURST, « The Application of General Principles of Law... », *op. cit.*, p. 47. Voy. aussi les concl. des avocats généraux Trstenjak dans l'aff. C-282/10, Dominguez, pt 95, et Bot dans l'aff. C-555/07, Küçükdeveci, pt 80. Si les principes n'ont pas primauté sur le droit primaire, voy. cependant C.J.U.E., 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00, pts 71-82 ; 3 septembre 2008, Kadi, C-402/05P, pts 285 et 301-303.

¹⁷⁸⁰ C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 112 ; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁷⁸¹ S. PRECHAL, « Competence Creep and General Principles of Law », *Rev. of Eur. Admin. Law*, 2010, p. 8.

¹⁷⁸² Voy., par exemple, le principe de subsidiarité ou les directives anti-discrimination.

¹⁷⁸³ V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 15.

ambigu, toujours progressif¹⁷⁸⁴ ». Lorsqu'elle dégage des principes « de l'esprit et de l'économie des traités¹⁷⁸⁵ », la Cour procède le plus souvent par un raisonnement qualifié d'« induction amplifiante » qui consiste à partir de dispositions particulières pour induire, sur la base d'un raisonnement par analogie, l'existence d'un principe général¹⁷⁸⁶. Une telle opération n'a cependant rien d'automatique et elle implique toujours une sélection préalable de règles en vue de leur généralisation¹⁷⁸⁷. Dans d'autres cas, la Cour se contente d'« emprunter » des principes au droit national ou au droit international. Elle jouit à cet égard d'une très grande liberté dans la sélection opérée et la façon dont cette marge d'appréciation est utilisée demeure largement imprévisible tant en ce qui concerne les principes qui seront amenés à être ou non consacrés qu'en ce qui concerne leur portée, le moment exact de leur apparition et leur destinée, dont la maîtrise demeure aux mains du juge européen¹⁷⁸⁸. Cependant, c'est le mode opératoire des principes qui révèle surtout

¹⁷⁸⁴ D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, t. 2, Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 2004, p. 561.

¹⁷⁸⁵ Concl. de l'avocat général Trstenjak du 8 septembre 2011 dans l'aff. C-282/10, Dominguez, pt 94.

¹⁷⁸⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, op. cit., p. 85; F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux... », op. cit., p. 731 et les réf. citées.

¹⁷⁸⁷ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., p. 59-67. Selon Ph. GÉRARD, « En réalité l'analogie a précédé et préparé l'induction du principe » et « le raisonnement par analogie [...] ne peut être considéré comme une démarche qui, à partir de la *ratio legis* des dispositions invoquées, contraindrait le juge: les jugements de valeur de ce dernier sont décisifs » (*Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 185 et 197). Plus radical, P. Morvan relève la « neutralité des arguments par analogie et a contrario » et « l'infructueuse induction » dont l'impuissance démonstrative est recouverte du « masque mystique » de la notion « d'esprit du droit » (*Le principe de droit privé*, op. cit., p. 460-470).

¹⁷⁸⁸ D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 14, 1991, p. 76-79; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, op. cit., p. 16; D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in *Les principes en droit*, S. Caudal (dir.), Economica, Paris, 2008, p. 290. Alors que la Cour retient en général une conception du principe de confiance légitime plus restrictive que celle du droit allemand dont il est originaire (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, op. cit., p. 309 et les réf. citées), elle a néanmoins jugé que ce principe pouvait, contrairement à ce dernier, concerner l'exercice de compétences générales (C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, pt 10).

leur vocation à l'imprévisibilité, relativisant leur capacité à assurer la cohérence et la complétude du système juridique européen.

393. — A rebours de la vocation harmonisatrice qu'on leur prête, certains auteurs soulignent le rôle perturbateur joué par les principes généraux au sein de leur ordre juridique¹⁷⁸⁹. Leur invocation est, en effet, un des moyens de contester du droit valide¹⁷⁹⁰, au point que P. Morvan considère que le principe « a pour vocation existentielle d'entrer en conflit avec une autre norme juridique », sa nature le portant « à instituer une antinomie qui se résoud par le refoulement de la norme concurrente, quelle qu'en soit la valeur¹⁷⁹¹ ». Les principes opèrent selon un registre différent des règles « classiques », truffant l'ordre juridique d'incertitudes normatives. En outre, les principes généraux bousculent régulièrement l'ordre juridique de l'Union, en tant qu'outils d'interprétation ou de contrôle de la validité du droit dérivé¹⁷⁹².

394. — L'interprétation proposée par la Cour à partir d'un principe général peut en effet avoir un impact normatif déterminant. On l'a

¹⁷⁸⁹ R. VON JHERING écrivait déjà : « La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen pour l'atteindre » (*La lutte pour le droit*, *op. cit.*, p. 1). Une telle conception s'inscrit, plus largement, dans une théorie plus conflictuelle et réaliste de l'État de droit, qui trouve ses racines chez Machiavel (voy. sur la question, D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 56). Un des problèmes du droit, selon Luhmann, est qu'il « pose des lignes de conduite qui, pour leur part, sont elles-mêmes dotées d'une capacité conflictuelle » (*A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 78.). Selon J.W. SINGER, l'existence de principes généraux susceptibles de limiter l'application de règles claires et spécifiques est une cause d'indétermination et constitue une critique potentiellement dévastatrice de la « *determinacy of legal doctrine* » (« The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory », *Yale L. J.*, 1984-1985, vol. 94, p. 14-17). M. Delmas-Marty relève le paradoxe de principes qui « ne jouent leur rôle harmonisateur qu'au prix d'une surprenante cacophonie » (*Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 84).

¹⁷⁹⁰ L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009, p. 95.

¹⁷⁹¹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 551 et 644. A tout le moins lorsqu'elle est appliquée aux principes nationaux de droit privé, l'auteur condamne avec force la « thèse romantique » incarnée par la double conviction qu'« au « postulat de rationalité matérielle » selon lequel le juge élabore des principes toujours imprégnés de valeurs éthiques et sociales s'ajoute [...] un "postulat de rationalité formelle" selon lequel les principes assurent la cohérence et la complétude de l'ordre juridique » (*ibid.*, p. 636-637).

¹⁷⁹² M.W. Schröter observe que, vu leur texture ouverte, les principes généraux mettent en danger la cohérence, même s'ils peuvent fournir un élément structurant en tant que valeur du système (« European Legal Reasoning: a coherence-based Approach », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2006, p. 86).

vu, la juridiction a mobilisé le principe général de sécurité juridique afin d'étendre ses compétences en matière de droit transitoire jurisprudentiel¹⁷⁹³ et, à tout le moins implicitement, ceux de l'équilibre institutionnel et de protection juridictionnelle effective¹⁷⁹⁴ afin de connaître d'un recours en annulation ayant pour objet les actes du Parlement européen en l'absence de base légale dans les traités¹⁷⁹⁵. Dans plusieurs arrêts, elle a jugé que, « dans certains cas exceptionnels », des opérateurs économiques pouvaient « invoquer à bon droit «l'application par analogie» d'un règlement, qui ne leur est pas normalement applicable, s'ils justifient que le régime juridique dont ils relèvent d'une part, est étroitement comparable à celui dont ils demandent l'application par analogie ; d'autre part, comporte une omission qui est incompatible avec un principe général du droit communautaire et que cette application par analogie permet de réparer¹⁷⁹⁶ ». De la sorte, elle justifie, à l'aide des principes généraux et d'un raisonnement par analogie, l'extension de la portée d'une règle existante et offre ainsi une marge d'appréciation conséquente au juge. Même lorsque l'interprétation n'est pas aussi explicitement créatrice de droit, la distinction est souvent subtile entre l'acte de droit dérivé dont la validité est sauvée par une interprétation conciliante généreuse et celui qui, confronté aux limites de l'interprétation,

¹⁷⁹³ Voy. *supra*, nos 69-70. On relèvera l'aplomb de la Cour qui affirme que la faculté de limiter dans le temps les effets de l'invalidité, que ce soit dans le cadre d'un recours en annulation ou d'un recours préjudiciel « est une compétence réservée à la Cour par le traité » alors que, dans le second cas, elle s'est octroyée cette compétence (27 février 1985, Société des produits de maïs, aff. 112/83, pt 17, nous soulignons).

¹⁷⁹⁴ En ce sens, voy. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, op. cit., p. 52 ; C.J.U.E., 22 mai 1990, Parlement/Conseil, C-70/88, pts 23-27 ; T.U.E., 31 mars 2011, Italie/CESE, T-117/08. Voy. également la tentative du Tribunal d'ouvrir les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers (T.U.E., 3 mai 2002, Jégo Quéré, T-177/01, pt 47), avortée par la Cour (C.J.U.E., 25 juillet 2002, UPA, C-50/00 P, pts 38-44).

¹⁷⁹⁵ C.J.U.E., 23 avril 1986, Les Verts, aff. 294/83, pts 22-25.

¹⁷⁹⁶ C.J.U.E., 12 décembre 1985, Krohn, aff. 165/84, pts 13, 29-32. Voy. également C.J.U.E., 11 novembre 2010, Grootes, C-152/09, pts 41-46 (application par analogie d'un règlement pour compenser une omission violant le principe de sécurité juridique) ; 26 octobre 2006, Cosun, pt 51 ; T.U.E., 19 juin 2009, Espagne/Commission, T-369/05, pts 92-93 (conditions jugées non remplies pour l'analogie). Dans l'affaire *Sturgeon*, déjà évoquée, la Cour a interprété un règlement comme ouvrant aux passagers des vols retardés un droit à indemnisation prévu uniquement pour les passagers des vols annulés, interprétation justifiée par le principe d'effet utile et sous peine d'entraîner une violation du principe d'égalité (voy. *supra*, n° 355).

subit la sanction juridictionnelle¹⁷⁹⁷. Dans la saga des producteurs de lait, la Cour a invalidé ou annulé certaines dispositions d'un règlement pour violation du principe de confiance légitime¹⁷⁹⁸, imposé une interprétation « conforme avec le principe de la confiance légitime¹⁷⁹⁹ » et considéré que l'interprétation d'une autre disposition n'était pas incompatible avec les principes généraux¹⁸⁰⁰.

395. — Si, en théorie, les principes généraux ont un rang supérieur au droit dérivé et au droit national¹⁸⁰¹, leur invocation n'est que rarement couronnée de succès et, même lorsqu'une violation est constatée, elle n'entraîne pas toujours la remise en cause de l'acte de droit dérivé litigieux. Alors que la violation du principe de sécurité juridique constitue, en théorie, un motif d'annulation ou d'invalidité d'une disposition de droit dérivé et que, en vertu du principe de primauté, le conflit entre un principe général et une norme de droit national qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union doit se résoudre par l'écartement de la seconde¹⁸⁰², l'examen de la jurisprudence de l'Union ne permet pas de confirmer le caractère automatique des conséquences du constat d'une telle violation. La Cour a ainsi considéré que la violation des exigences du principe de confiance légitime n'entraînait « pas automatiquement l'invalidité de l'acte attaqué », mais pouvait « éventuellement justifier l'allocation de dommages-intérêts, au cas où elle aurait causé un préjudice à la personne concernée¹⁸⁰³ » ou que le non-respect du principe de bonne administration n'était pas nécessairement sanctionné par

¹⁷⁹⁷ La Cour a même jugé qu'une disposition de droit dérivé « ne saurait recevoir une interprétation aboutissant à des résultats qui seraient incompatibles avec les principes généraux du droit communautaire » (C.J.U.E., 21 septembre 1989, Hoechst, aff. jtes 46/87 et 227/88, pt 12).

¹⁷⁹⁸ Voy. *supra*, n° 124.

¹⁷⁹⁹ C.J.U.E., 19 mai 1993, Twijnstra, C-81/91, pts 23-24. Voy. l'arrêt *Sturgeon*, *supra*, n° 355.

¹⁸⁰⁰ C.J.U.E., 10 janvier 1992, Kühn, C-177/90, pts 12-13.

¹⁸⁰¹ C.J.U.E., 11 juin 1998, Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises, C-361/96, pt 30.

¹⁸⁰² Voy. par exemple C.J.U.E., 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91, pts 30-31 ; T.U.E., 17 septembre 2007, France/Commission, T-240/04, pt 51 ; T.U.E., 20 septembre 2001, Spruyt, T-171/00, pt 71. Sur le principe de primauté, voy. *supra*, nos 139 et 366.

¹⁸⁰³ C.J.U.E., 19 mai 1983, Mavridis, aff. 289/81, pt 25.

l'invalidité d'une décision de la Commission¹⁸⁰⁴. La force normative incertaine des principes fait ainsi vaciller tout espoir de prévisibilité absolue dans l'application des normes européennes.

396. — A la décharge des juridictions de l'Union, cette imprévisibilité est imputable à la nature même des principes généraux. On se souviendra que Dworkin distinguait les règles, qui déterminent les conséquences juridiques découlant de leurs conditions d'application, et les principes, qui indiquent une direction à suivre sans imposer une décision particulière et qui impliquent une dimension de proportionnalité. Dans la lignée du philosophe américain, Robert Alexy estime que, si les règles sont des normes dont les conditions sont ou non réunies, les principes sont des « exigences d'optimisation » (« *optimization requirements* »), en ce qu'ils peuvent être satisfaits dans des mesures variées, selon ce qui est possible factuellement et juridiquement. Les principes ne sont que des impératifs *prima facie* car ils n'ont pas les ressources pour déterminer par eux-mêmes leur propre portée. Ils ne peuvent donc créer que des droits *prima facie*, une décision étant nécessaire pour identifier des droits définitifs¹⁸⁰⁵. La définition d'Alexy implique l'intervention du principe de proportionnalité dont les trois sous-principes constituent ce qu'il entend par « optimisation ». L'*appropriation* et la *nécessité* visent l'optimisation de ce qui est possible factuellement, et la *proportionnalité au sens strict* est relative à l'optimisation des possibilités juridiques, qui sont essentiellement définies par les principes

¹⁸⁰⁴ C.J.U.E., 8 novembre 1983, IAZ, aff. jtes 96/102, 104, 105, 108 et 110/82, pts 12-17. Voy. également C.J.U.E., 19 octobre 1977, Ruckdeschel, aff. jtes 117/76 et 16/77, pts 11-13 (la violation du principe d'égalité par une disposition d'un règlement n'entraîne pas d'office son invalidité); T.U.E., 20 avril 1999, LVM, pts 121-122 (« le non-respect du principe de délai raisonnable est sans incidence sur la validité de la procédure administrative »); T.U.E., 19 mars 1997, Oliveira, T-73/95, pt 47 (la violation du délai raisonnable dans le cadre d'un recours en annulation ne peut entraîner l'annulation de la décision litigieuse dès lors que tout acte destiné à la remplacer serait plus tardif). Sur les conséquences relatives à la violation du principe de confiance légitime, voy. S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 436-439.

¹⁸⁰⁵ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, O.U.P., Oxford, 2002, p. 39 et 47-57. En 1951 déjà, J. BOULANGER écrivait que, alors que la règle est « édictée en vue d'une situation juridique déterminée », le principe est « général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications » (« Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56).

concurrents¹⁸⁰⁶. Il exprime cette dernière exigence, qu'il nomme « *law of balancing* », comme suit : « The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other¹⁸⁰⁷ ».

397. — Ces développements d'Alexy sont aisément transposables aux principes généraux du droit de l'Union européenne¹⁸⁰⁸. Ceux-ci n'ont pas non plus les ressources pour déterminer *in abstracto* la façon dont ils devront être appliqués et leur intervention est subordonnée à la réalisation d'une situation qui permet leur concrétisation. S'ils peuvent conférer des droits subjectifs, ils ne les contiennent qu'en puissance, dans le sens aristotélicien¹⁸⁰⁹, et ils ne permettront à un particulier de faire valoir ce qu'il estime être ses droits que lorsque une autre norme aura été adoptée, ou un acte posé dans le champ d'application du droit européen¹⁸¹⁰. Cette caractéristique des principes généraux explique peut-être pourquoi la question de leur effet direct a aussi peu attiré l'attention de la jurisprudence et de la doctrine¹⁸¹¹. Alors que la Cour

¹⁸⁰⁶ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 396-414; R. ALEXY, « Balancing, constitutional review, and representation », *I.J. Const. L.*, 2005, p. 572-573.

¹⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 573; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸⁰⁸ K. LENAERTS et J. GUTIÉRREZ-FONS, « The constitutional allocation of powers... », *op. cit.*, p. 1650 (« Unlike rules, principles are norms whose implications remain undetermined until they are applied to a concrete factual scenario »). S. CALMES écrit du principe de confiance légitime qu'il « ne permet jamais de prédéterminer de manière générale et abstraite la solution effective qui sera finalement adoptée, dans le cas concret, par l'interprète saisi de la question » (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 486).

¹⁸⁰⁹ Dans un sens comparable, H. BUCH affirme que les principes ne sont « qu'une formule et sont par conséquent vides de contenu » (« A propos des principes généraux... », *op. cit.*, p. 420-421). Aussi, lorsque le Tribunal affirme que « tout comme le principe de protection de la confiance légitime constitue une règle de droit conférant des droits aux particuliers dont la violation peut entraîner la responsabilité non contractuelle de la Communauté [...], celui de sécurité juridique constitue également une règle de droit conférant des droits aux particuliers » (T.U.E., 26 juin 2008, *Alferink e.a.*, T-94/98, pt 64), il devrait considérer qu'il s'agit de règles de droit « susceptibles » de conférer des droits aux particuliers.

¹⁸¹⁰ A. PECZENIK relevait déjà : « In some cases, the right in question comes to existence in the moment of interpretation, not before » (*On Law and Reason*, *op. cit.*, p. 253).

¹⁸¹¹ Deux exceptions, toutefois. A. MASSON et M. NIHOUL écrivent, sans autre précision ou justification, que « les principes généraux du droit européen ont un effet direct vertical ou horizontal selon leur nature et leurs destinataires » (*Droit de l'Union européenne : droit institutionnel et droit matériel : théorie, exercices et éléments*,

de justice a fait des exigences de précision (ou clarté) et d'inconditionnalité la condition permettant à tous les actes de droit primaire et dérivé de conférer des droits individuels¹⁸¹², elle ne vérifie jamais que ces conditions sont remplies par les principes généraux¹⁸¹³. Et pour cause, ils ne peuvent, par définition, les remplir dans l'abstrait en raison de leur caractère général et indéterminé. A l'instar du désormais célèbre Boson de Higgs, qui confère leur masse aux particules, la situation concrète constitue le supplément dont manquent les principes pour avoir la masse normative nécessaire afin d'être opératoires et acquérir le caractère déterminé qui leur manque dans l'absolu de leur monde platonicien des idées.

398. — L'examen attentif de la jurisprudence de l'Union confirme par ailleurs que les juridictions de l'Union mobilisent des logiques

Larcier, Bruxelles, 2011, p. 267). P. CRAIG et G. DE BÛRCA, qui observent que la question de l'effet direct des principes généraux est rarement soulevée, proposent de considérer que ces principes ont un effet direct par nature (*The Evolution of EU Law*, O.U.P., 1999, p. 186). Sur cette question, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 183-193 et les réf. citées.

¹⁸¹² Suite à l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a reconnu la possibilité pour les directives d'avoir un effet direct vertical à certaines conditions (C.J.U.E., 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, pt 12). Elle a également vérifié l'effet direct de décisions (C.J.U.E., 12 décembre 1990, Kaefer e.a., aff. jtes C-100/89 et C-101/89, pt 24) et d'accords internationaux (C.J.U.E., 5 février 1976, Bresciani, aff. 87/75, pt 15 ; 26 mai 2011, Akdas e.a., C-485/07, pt 67). Sur les critères de l'effet direct et une réflexion sur la pertinence de son maintien, voy. S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2^e éd., O.U.P., 2005, p. 242-244. D. SIMON propose à tout le moins de relativiser l'effet direct comme *summa divisio* du droit européen et d'y préférer une gradation progressive entre justiciabilité minimale et renforcée (*Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 280-281).

¹⁸¹³ Voy. cependant C.J.U.E., 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, pts 46-49. Dans cet arrêt, la Cour considère que le contenu de l'obligation de coopération loyale n'est pas suffisamment précis dans le cas d'espèce mais n'indique pas si son raisonnement est fondé davantage sur le principe général ou sur le traité. Voy. également les observations écrites dans les arrêts du 29 novembre 1983 (Roussel, aff. 181/82) et du 7 février 1984 (Jongeneel Kaas, aff. 237/82), dans lesquels une juridiction néerlandaise avait explicitement interrogé la Cour de justice sur la question de l'effet direct des principes généraux, question esquivée par la Cour. Les avocats généraux qui évoquent le problème postulent l'invocabilité verticale des principes généraux (voy. notamment les concl. de l'avocat général Sharpston dans l'aff. Bartsch, C-427/06, pt 79) pour s'intéresser directement à la question de leur invocabilité horizontale (voy. les concl. de l'avocat général Trstenjak dans l'aff. C-282/10, Dominguez, pts 116-136).

de proportionnalité lorsqu'elles appliquent les principes généraux du droit¹⁸¹⁴, notamment celui de sécurité juridique¹⁸¹⁵. Dans un arrêt *Opel Austria*, le Tribunal a ainsi constaté qu'en adoptant un règlement contraire à un accord international qui n'était pas encore en vigueur, mais pour lequel la Communauté avait déposé son instrument d'approbation, le Conseil avait « sciemment créé une situation dans laquelle, à partir du mois de janvier 1994, coexisteraient deux règles de droit contradictoires » et que, dès lors, ce règlement « ne saurait être qualifié de législation communautaire certaine et son application ne saurait être considérée comme prévisible pour les justiciables ». Il a par conséquent annulé ce règlement sur la base des violations des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, jugées « comme étant en elles-mêmes *suffisamment graves* pour entraîner l'annulation du règlement litigieux¹⁸¹⁶ ». Plusieurs décisions examinées dans la première partie de notre étude attestent de ce que les juridictions de l'Union tendent à sanctionner non pas la « simple » violation du principe général mais sa violation manifeste, selon une sorte d'exigence d'optimisation inversée. Dès lors que les principes ne peuvent être satisfaits que dans des mesures variées, il n'est en effet pas déraisonnable de considérer qu'un certain degré d'atteinte est nécessaire pour conclure à leur violation. Or,

¹⁸¹⁴ J.-Cl. GAUTRON relève que la proportionnalité en droit de l'Union « permet de réguler les implications contradictoires des principes généraux du droit et des droits fondamentaux et de les articuler de manière adéquate dans des hypothèses concrètes (légalité, sécurité juridique, confiance légitime), la toile de fond étant toujours constituée par la balance entre l'intérêt public et les intérêts individuels » (« Le principe de protection de la confiance légitime », in *Le droit de l'Union européenne en principes*, op. cit., p. 213).

¹⁸¹⁵ En ce sens, voy. A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 189. Voy. notamment, la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'impératif de sécurité juridique s'impose avec « une rigueur particulière » lorsqu'il s'agit d'un acte susceptible de comporter des conséquences négatives pour des sujets de droit ou qu'une règle s'adresse à des destinataires qui nécessitent une protection accrue. Plusieurs auteurs relèvent que le principe de proportionnalité permet de contrôler le respect des principes d'égalité et de confiance légitime (T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, op. cit., p. 135-238 et 550; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., op. cit., p. 1202).

¹⁸¹⁶ T.U.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria*, T-115/94, pts 125-126 (nous soulignons).

la proportionnalité, qui préside à toute balance d'intérêts, relève, par définition, du domaine de l'imprévisible¹⁸¹⁷.

399. — Un tel conflit d'intérêts peut se situer au cœur d'un seul et même principe, notamment lorsque deux « logiques subjectives » du principe de sécurité juridique s'affrontent. Tel serait par exemple le cas en cas de défaut de délai de recours prévu par le texte légal pour la contestation d'un acte qui crée des droits subjectifs ou des avantages en faveur d'un particulier. La logique subjective de celui-ci permet d'invoquer que cet acte soit contesté dans un délai raisonnable mais celle du particulier qui souhaite attaquer l'acte litigieux s'oppose à ce que sa demande soit tenue en échec sur la base d'un délai dont il n'avait pas connaissance¹⁸¹⁸. Une telle situation, qui fait resurgir le spectre de la contradiction¹⁸¹⁹, est indécidable *a priori* et dépend des circonstances de chaque cas.

400. — La situation se complique encore par la multiplication des principes généraux, susceptibles d'interagir dans un même cas particulier, dans des configurations par définition aléatoires¹⁸²⁰. En ce sens, Klaus Günther et Jurgen Habermas avaient déjà relevé l'inévitable imprévisibilité résultant de l'interaction des principes. Après avoir crédité l'herméneutique juridique d'avoir « remis en valeur l'idée aristotélicienne selon laquelle aucune règle ne peut régler sa propre application », le célèbre philosophe allemand a écrit que, à l'exception de certaines règles très précises, « toutes les normes en vigueur sont indéterminées, pour ainsi dire, *d'origine*¹⁸²¹ ». Suivant en cela Günther, il propose de

¹⁸¹⁷ S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 616.

¹⁸¹⁸ La Cour avait déjà jugé que « dans une administration, les décisions relatives à la situation d'un agent déterminé sont fréquemment susceptibles de se répercuter sur la position des autres fonctionnaires » (C.J.U.E., 14 avril 1970, Theo Nebe, aff. 24-69, p. 145).

¹⁸¹⁹ A la différence des contradictions qui portent atteinte à la cohérence d'un système, il s'agit de contradictions non pas structurelles mais situationnelles.

¹⁸²⁰ Selon l'ancien juge de la Cour T. KOOPMANS, le juge « is not only faced with competing claims, but also caught in a web of dialectical relationships: between justice in the individual case and rationalisation of the development of case-law; between requirements of legal certainty and the adaptability of the law to changing social conditions; between his role in solving or easing individual conflicts and his contribution to legal evolution » (« Judicial-Decision making », *op. cit.*, 1996, p. 98).

¹⁸²¹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 219 et 238-239. Selon P. MOOR, avant une décision émanant d'un « lecteur officiel » du droit, il n'y a ni norme, ni

distinguer la question de la *validité* d'une norme du caractère *approprié* de son *application*, le conflit dans l'application n'entraînant pas nécessairement l'incohérence du système¹⁸²². Selon Günther, en effet, les cas de conflits de normes les plus intéressants ne relèvent pas du registre de la validité mais de celui du caractère approprié d'une norme *prima facie* applicable, et de sa compatibilité avec les autres normes valides applicables. La signification d'une norme peut donc varier selon le cas de figure qui se présente au juge et l'existence d'autres normes valides *prima facie* applicables¹⁸²³. S'il est possible d'établir des critères, voire un certain ordre de priorités dans l'application des principes¹⁸²⁴, ceux-ci ne pourront, comme toute pondération d'intérêts, relever que de la probabilité et non de la certitude¹⁸²⁵. En effet, tout

droit subjectif ni contrat mais tout au plus des « prétentions », des « anticipations » ou encore des « expectatives » juridiques (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 194-201).

¹⁸²² Selon HABERMAS, lorsqu'entrent en jeu non seulement des règles mais également des principes, il est « aisé de montrer pourquoi il y a une grande probabilité pour que des conflits se produisent – sans pour autant que cela révèle une incohérence en profondeur du système juridique lui-même » (*Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 238).

¹⁸²³ KI. GÜNTHER, « A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification », *Ratio Juris*, 1989, p. 159-164). Dans une veine dworkinienne, Günther estime que la solution doit se construire selon l'idéal d'un système cohérent de toutes les normes valides. Comme le résume élégamment HABERMAS, les « relations de normes valides se transforment en fonction de la constellation des caractéristiques pertinentes pour le cas qui, en l'espèce, requiert une décision » (*Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 241).

¹⁸²⁴ Voy. à cet égard les dix critères mis en évidence par P. POPELIER sur la façon dont les juridictions belges et européennes pondèrent les intérêts lorsque le principe de sécurité juridique est en jeu (« Legal certainty and principles of proper law making », *Eur. J. L. Reform*, 2000, p. 333-338 ; Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 62-63) ou la proposition d'Alexy de rationaliser le procédé de « *balancing* » dans l'espoir de développer progressivement un réseau constitué de règles relativement concrètes, à partir de la combinaison des pondérations pratiquées par les juges et des balances d'intérêt faisant l'objet d'un consensus de la communauté académique (*A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 54, 108 et 393-410 ; « Balancing, constitutional review, and representation », *op. cit.*, p. 574-576). La proposition d'Alexy ne sera utile que dans des cas d'une grande simplicité, censés se répéter de façon quasi-identique.

¹⁸²⁵ A. PECZENIK doute que même les meilleurs esprits philosophiques puissent jamais parvenir à créer un « *calculus* » qui détermine précisément le contenu de la pesée des intérêts (*On Law and Reason*, *op. cit.*, p. 65). Selon O. DE SCHUTTER, l'émergence technique de la pondération des intérêts « constitue la trace d'une impossibilité : celle qu'éprouve l'auteur de la règle appliquée à prévoir par avance l'ensemble des cas d'application [...] » (*Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 9. S. VAN DROOGHENBROECK écrit à juste titre que l'adjudication des principes

changement de circonstances est de nature à faire pencher la balance dans un sens différent, sans compter l'influence de mécanismes clandestins comme l'équité ou l'intérêt de l'Union¹⁸²⁶, mais également des évaluations dépendant nécessairement des caractéristiques concrètes du cas d'espèce et tributaires de valeurs le plus souvent incommensurables *in abstracto*¹⁸²⁷.

3. L'abandon de la logique cartésienne

401. — La force normative théorique des principes généraux, couplée à leur caractère indéterminé et donc subordonné, entraîne une radicale imprévisibilité en ce qui concerne leur application¹⁸²⁸. Selon Habermas, un système qui ne contient pas que des règles « ne peut pas se porter garant du même degré de prédictibilité des décisions de justice », notamment lorsque la sécurité juridique, « qui repose sur la connaissance d'attentes de comportement conditionnées de manière univoque, représente elle-même un principe qui, dans un cas concret, doit être mis en balance avec d'autres principes¹⁸²⁹ ». Le paradoxe de l'existence

s'effectue « dans la concrétude des situations d'espèce, et ne produit par conséquent aucune véritable norme itérable dont il pourra être déduit mécaniquement, à l'avenir, de nouvelles solutions d'espèce : nous sommes ici au cœur de la rationalité juridique contextuelle, situationniste, que signe la montée en puissance des principes » (*La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 627). P. MORVAN estime que les principes engendrent, dans la jurisprudence de la Cour de justice « d'abondantes et imprévisibles conséquences de droit abandonnées à la discrétion des magistrats luxembourgeois » (*Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 292).

¹⁸²⁶ Sur ces notions, voy. *supra*, n^{os} 381-384.

¹⁸²⁷ Sur les tentatives de rationalisation de la balance d'intérêts et la distinction entre balance d'intérêts au cas par cas, *in concreto* (« *ad hoc balancing* ») et *a priori*, *in abstracto* (« *definitional balancing* »), voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 431-439; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 249-252. Comme le relève O. DE SCHUTTER, qui se demande si la substitution d'un « *definitional balancing* » à un « *ad hoc balancing* » permet de « parer aux effets les plus nuisibles à la sécurité juridique de la mise en proportionnalité » (*Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 13), cette tentative s'apparente à une volonté de retour au « Modèle de la Règle », avec les limites que celui-ci comporte (« Les cadres du jugement juridique », *op. cit.*, p. 180).

¹⁸²⁸ J. W. SINGER, « The Player and the Cards... », *op. cit.*, p. 14-17; J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 842.

¹⁸²⁹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 241-242. P. POPELIER explique la relativité de la sécurité juridique par son interaction avec d'autres principes généraux (*Rechtszekerheid als beginsel*, p. 31, 39 et 41).

même d'un principe de sécurité juridique fondé sur la notion de prévisibilité apparaît ainsi dans toute sa splendeur¹⁸³⁰.

402. — Il convient donc d'abandonner la conception absolue, statique et mécaniste du droit et de la sécurité juridique dès lors qu'elle ne tient pas compte de la flexibilité indispensable du phénomène juridique confronté à une réalité changeante et complexe¹⁸³¹. Cardozo nous invitait à concevoir le droit comme définissant une relation entre des points qui sont, le plus souvent, en mouvement (dimension spatiale ou matérielle)¹⁸³². Il s'agit en effet de revenir à la conception romaine selon laquelle le droit est composé de relations. Aristote proposait de rendre à chacun le sien mais, tout comme l'homme a réalisé que les ressources matérielles n'étaient pas illimitées, le sujet de droit doit accepter que l'enjeu d'un litige peut se présenter comme un objet limité, qui doit être réparti entre ceux qui avancent des prétentions légitimes¹⁸³³. Au niveau temporel, alors que le « déni de temps » est longtemps apparu comme la condition de la sécurité juridique, la pratique s'est

¹⁸³⁰ TRIDIMAS relève que la sécurité juridique ne dicte que rarement un résultat spécifique par elle-même (*The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 243). Sur l'importante casuistique relative aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime, voy. outre la première partie, S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 178-179 et les réf. citées ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 237 et les exemples cités ; R. MEHDI, « Variations sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 192 ; P. POPELIER, « Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 60-61. On rappellera que les exigences de clarté et de précision sont communes au principe de sécurité juridique et à l'effet direct, de sorte qu'en poussant le raisonnement, on pourrait se demander si les principes généraux, considérés abstraitement, ne violent pas les exigences de sécurité juridique.

¹⁸³¹ Voy. l'arrêt *Altman*, dans lequel le Tribunal a accepté d'examiner la légalité d'une disposition que la Cour avait jugé légale lors de son adoption, eu égard à de nouveaux éléments de droit et de fait, et « sans que soient aucunement remis en cause, à la lumière d'une nouvelle appréciation en droit, la légalité et les effets de la situation antérieure à celle-ci », ce qui ne saurait donc perçu « comme portant atteinte au principe de la sécurité juridique » (T.U.E., 12 décembre 1996, *Altmann e.a.*, aff. jtes T-177/94 et T-377/94, pts 119-128).

¹⁸³² B.N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸³³ M. Fromont observe ainsi que « la protection juridictionnelle est considérée désormais comme un bien rare qu'il convient de répartir de la manière la plus juste que possible entre tous les justiciables » (« République fédérale d'Allemagne... », *op. cit.*, p. 1225. Comme le souligne J.-P. HENRY, la difficulté de connaître le droit vient du fait qu'il est une « activité combinatoire » et qu'il ne suffit pas de connaître les règles mais aussi leurs relations entre elles (« Vers la fin de l'État de droit », *op. cit.*, p. 1213).

« progressivement arrachée à ce temps fictif et fixiste pour réintégrer celui de la durée vécue¹⁸³⁴ ». Cela signifie que les prétentions juridiques de tout individu – qu'on qualifie, le cas échéant de « droits » – peuvent subir l'épreuve non seulement de l'altérité, mais également du temps qui passe et qui modifie la configuration juridique à laquelle le juge sera confronté. Dans certains cas, il est possible que la sécurité juridique, non seulement autorise mais exige le changement, notamment quand le cadre juridique n'est plus cohérent ou ne correspond plus à la réalité socio-économique¹⁸³⁵. L'abandon de la logique cartésienne permet de comprendre que plusieurs sécurités juridiques peuvent être à l'œuvre, selon les parties ou les domaines du droit concernés¹⁸³⁶. Il célèbre le retour du raisonnable dans la raison, à côté du rationnel, de la logique non formelle à côté de la logique formelle¹⁸³⁷ et de l'équité à côté de

¹⁸³⁴ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 245. La sécurité juridique ne sert-elle pas « à appréhender le droit dans ses évolutions temporelles » ? (A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 16). On se souvient qu'Hart dissociait la certitude du droit de son immuabilité (*supra*, n° 274).

¹⁸³⁵ P. POPELIER, « Legal certainty... », *op. cit.*, p. 327; *Rechtszekerheid als beginsel*, p. 116-117 et 127. Selon cet auteur, la rationalité n'est plus conçue de façon absolue et appelle une notion dynamique de la sécurité juridique (« Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 55-60), qu'elle définit comme « un principe découlant du principe de l'État de droit, selon lequel le droit objectif doit pouvoir permettre à chaque personne de régler son comportement et d'en prévoir les conséquences juridiques dans une mesure raisonnable, et selon lequel chaque personne doit pouvoir s'attendre à ce que des attentes légitimes, suscitées par le droit objectif ou par ce qui peut raisonnablement être considéré comme le droit objectif, soient honorées » (*Rechtszekerheid als beginsel*, p. 176, trad. libre, nous soulignons). Th. Piazzon propose de la définir comme un « idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation » (*La sécurité juridique*, *op. cit.* p. 62).

¹⁸³⁶ Demogue se demandait déjà s'il fallait privilégier « la sécurité des titulaires de droits ou celle des acquéreurs de droits » et prévoyait les « cas où la loi et le juge doivent choisir entre la sécurité des uns et des autres » (voy. *supra*, n° 258). Dans la même veine, F. Tulkens propose une « conception gradualiste suggérant d'abandonner LA sécurité juridique au profit de sécurités juridiques plurielles, variables selon les branches du droit et la nature des principes en cause » (« Accélération du temps et sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 470). Plusieurs auteurs soulignent que la sécurité juridique des uns est l'insécurité des autres (A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 2815) ou que « la sécurité juridique des uns n'est pas celle des autres » (B. PACTEAU, « La sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 151).

¹⁸³⁷ Retour espéré tant par S. TOULMIN (*Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 198-202) que par Ch. PERELMAN (« Raisonement juridique et logique juridique », *op. cit.*, p. 1-6).

la légalité¹⁸³⁸. Il n'y a pas lieu de s'en désoler dès lors que l'incertitude de l'issue juridictionnelle est sans doute nécessaire pour assurer la participation active des parties et donc la condition de possibilité d'une discussion où pourront être débattus tous les arguments pertinents pour garantir une délibération éclairée¹⁸³⁹.

403. — L'abandon de la logique cartésienne de la sécurité juridique invalide tout fantasme de prévisibilité absolue des situations juridiques et, en ce qui concerne les futures décisions des juges, réduit les prétentions à de simples prévisions, voire à des prospectives¹⁸⁴⁰, qui relèvent de la probabilité et non de la certitude¹⁸⁴¹. Or, l'insécurité juridique est, en partie, proportionnelle à l'idéalisation du principe de sécurité juridique¹⁸⁴². Si ce dernier est conçu comme exigeant que le droit soit parfaitement clair et précis et que son application soit prévisible, il ne peut que souffrir du processus juridictionnel. En revanche, une conception relative du principe permet d'en envisager le respect effectif¹⁸⁴³. En ce sens, il nous paraît plus raisonnable d'accueillir la formulation adoptée par la Cour de justice en 2005, selon laquelle, « dès lors qu'un certain

¹⁸³⁸ Sur l'équité, voy. *supra*, n° 384 et *infra* n°s 488 et 494.

¹⁸³⁹ Comme le relève N. Luhmann, « The uncertainty of the outcome is a significant structural moment of procedure which motives the active and committed participation of parties » (*A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 117-139, spéc. p. 134).

¹⁸⁴⁰ Selon une distinction opérée par E. Morin, la prévision est une « démarche qui, constatant certaines régularités passées, suppose qu'elles vont se poursuivre, permettant ainsi de dessiner la vision d'un futur probable », alors que la prospective « suppose que le futur n'est pas écrit, qu'il est un mélange de nécessité, de régularité, de hasard et de volonté dans la mesure où il est fait par des humains qui cherchent à réaliser des projets contradictoires » (« Edgar Morin, philosophe de l'incertain », propos recueillis par F. Ewald, *Le Magazine Littéraire* n° 312 : *la fin des certitudes. De Sénèque à Edgar Morin*, juillet 1993, p. 21).

¹⁸⁴¹ H.J.M. BOUKEMA, *Judging*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁴² Voy. par exemple : A.M. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Le Dalloz*, 2000, p. 364 (« On peut définir la sécurité juridique comme la qualité d'un système dans lequel chacun peut savoir à quelle règle sa situation est et sera soumise » (nous soulignons).

¹⁸⁴³ Sur le flou du droit, M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST ont écrit : « Faiblesse congénitale du droit ? Oui, sans doute si l'on continue à cultiver l'idéal d'une sécurité juridique qui serait redevable à une logique strictement déductive et à une rigoureuse autonomie. Non, si l'on s'avise une fois pour toutes du caractère illusoire d'une telle sécurité ; n'est-ce pas au contraire parce qu'il sait multiplier ses rapports avec le social et assouplir le cas échéant la rigueur de ses déductions que le juridique peut épouser les particularités du fait et, à ce titre, présenter un degré raisonnable de prévisibilité ? » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 16-17).

degré d'incertitude quant au sens et à la portée d'une règle de droit est inhérent à celle-ci », la sécurité juridique n'entraîne l'annulation d'un acte que s'il souffre « d'une telle ambiguïté qu'elle ferait obstacle » à ce que son destinataire « puisse lever avec une certitude suffisante d'éventuels doutes » sur sa portée ou son sens¹⁸⁴⁴. De même, la Cour a raison d'affirmer, certes dans le contexte de la jurisprudence strasbourgeoise relative au principe de légalité des délits et des peines, que la « notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires¹⁸⁴⁵ ». Comme le disait saint Thomas, il ne faut « pas soumettre les choses aux mots, mais plutôt les mots aux choses¹⁸⁴⁶ » et il nous semble approprié que la Cour de justice accepte de rendre compte de façon plus nuancée et réaliste de l'application du principe de sécurité juridique. Il ne s'agit pas de remettre en cause les exigences de clarté et de précision comme *idéal régulateur* pour le législateur européen mais de condamner leur caractère *absolu* dans le *discours* tenu par les juridictions de l'Union sur le *principe général de droit* de sécurité juridique. Cela ne signifie pas qu'il faille abandonner tout espoir de certitude sur le plan juridictionnel mais qu'il est nécessaire de chercher un autre fondement à la sécurité juridique que celui de la certitude cartésienne, ce à quoi nous nous attellerons dans notre second chapitre.

¹⁸⁴⁴ C.J.U.E., 14 avril 2005, Belgique/Commission, C-110/03, pt 31 (*supra*, n° 83). Dans cet arrêt, la Cour justifiait son approche restrictive par le fait que la Belgique se référait essentiellement à des situations hypothétiques. Le tribunal a repris ce motif sans cette précision (T.U.E., 22 mai 2007, Mebrom, T-216/05, pt 108; 17 septembre 2007, France/Commission, T-240/04, pts 48-49).

¹⁸⁴⁵ Voy. *supra*, n° 47. Selon le Tribunal, l'art. 7, § 1^{er}, de la CESDH n'exige pas que les termes d'une disposition soient à ce point précis que les conséquences résultant d'une infraction à cette disposition soient prévisibles avec une certitude absolue (T.U.E., 27 septembre 2006, Jungbunzlauer, T-43/02, pt 79).

¹⁸⁴⁶ Voy. *supra*, n° 177.

Conclusion du premier chapitre

404. — En 1929, John Dewey invitait à dépasser les limites d'une quête cognitive de certitude absolue¹⁸⁴⁷. La même année, Jerome Frank s'étonnait de la croyance généralisée en la capacité du droit à assurer la prévisibilité des situations juridiques et formulait la même invitation. Aujourd'hui, les enseignements de la physique du XX^e siècle présentent un univers « né sous le signe de l'instabilité » et des lois de la nature qui ne traitent plus de certitudes mais qui, dans une logique probabiliste, « décrivent les événements en tant que possibles, sans les réduire à des conséquences déductibles et prévisibles de lois déterministes¹⁸⁴⁸ ». Les sciences sociales ont dû se résoudre à abandonner le projet d'Auguste Comte et se cantonner à rendre compte de processus sociaux ou à prévoir les limites dans lesquelles se situent les futurs humains disponibles¹⁸⁴⁹. Quelques années avant la parution de son livre sur la certitude, le même Dewey écrivait que l'exigence légitime, dans le chef de la communauté et des individus, de pouvoir déterminer à l'avance les conséquences juridiques de leurs actions, avait entraîné une énorme confusion entre certitude théorique et pratique. Selon lui, il existe une grande différence entre l'exigence, raisonnable, que les décisions judiciaires possèdent une régularité maximale afin de permettre aux individus de planifier leurs comportements, et la proposition, absurde car impossible, selon laquelle chaque décision devrait découler selon une nécessité logique de prémisses connues préalablement. En limitant le débat judiciaire à des règles et concepts abstraits et immuables, qui ne peuvent procurer qu'un sentiment spécieux de sécurité contre le flux des événements, au lieu de découvrir et de discuter les principes d'interprétation réellement susceptibles de fournir une certaine sécurité aux justiciables, les tribunaux substituent une procédure mécanique au besoin d'une pensée analytique. Le philosophe suggérait dès lors, soit d'abandonner la

¹⁸⁴⁷ J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, *op. cit.*, p. 307 (« At the best, all our endeavours look to the future and never attain certainty. The lesson of probability holds for all forms of activity as truly as for the experimental operations of science, and even more poignantly and tragically »).

¹⁸⁴⁸ I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, *op. cit.*, p. 183, 195 et 223.

¹⁸⁴⁹ S. TOULMIN, *Cosmopolis*, *op. cit.*, p. 2 ; F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, p. 24. Selon l'historien J. Stengers, « Toute l'organisation de la vie sociale exige que l'on puisse faire des prévisions fondées sur la stabilité de certaines fréquences statistiques » (*Vertige de l'historien. Les histoires au risque du hasard*, Ed. Synthélabo, 1998, p. 56).

logique en droit, soit de l'appliquer aux conséquences plutôt qu'aux antécédents, pour en faire une logique de prévision de probabilité plutôt que de déduction de certitudes¹⁸⁵⁰.

405. — Les juristes n'ont pourtant pu se résigner à accepter l'incertitude inhérente au droit, comme en témoignent les nombreux écrits déplorant l'insécurité juridique croissante, voire galopante¹⁸⁵¹. Comme le relevait, en 2005, le juge E.W. Thomas, de la Cour suprême néo-zélandaise, la communauté juridique continue à entretenir la croyance en un droit général qui pourrait être appliqué à des faits particuliers de façon prévisible¹⁸⁵². Or, le droit de l'Union européenne ne correspond guère à cette description. En amont, l'impossibilité de prévoir toutes les situations, renforcée par les limites inhérentes au langage naturel, est couplée à l'incapacité politique de trouver des « accords complètement théorisés ». En aval, l'explosion des intérêts particuliers, qui demandent à être pondérés, s'appuie sur le succès des principes généraux, véritables mines plantées dans le champ normatif. Ces normes atypiques, « archétypes des édifices prétoriens¹⁸⁵³ », viennent chambouler la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs théorisée par Montesquieu, dans une structure institutionnelle qui, il est vrai, diffère déjà considérablement de celle des ordres étatiques¹⁸⁵⁴. Le « rang constitutionnel »

¹⁸⁵⁰ J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell L. Q.*, 1924, p. 20-26.

¹⁸⁵¹ Il en va ainsi de la doctrine francophone majoritaire. Sur le mythe de la sécurité juridique parfaite, voy. A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 8 et les réf. citées. Il convient de rappeler que les praticiens ont, de longue date, appris à composer avec cette incertitude. J. CARBONNIER évoquait ainsi la « glorieuse incertitude » du droit louée par les avocats londoniens (*Flexible droit*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 202).

¹⁸⁵² Il confirme que de nombreux juges, académiques et avocats révèrent la certitude avec une vénération presque aveugle et superstitieuse (E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 117. C. SUNSTEIN définit comme suit un système de règles : « *Approaches to law that aspire to make legal judgments in advance of actual cases* » (*Legal reasoning and political conflict*, *op. cit.*, p. 21). Gadamer témoigne assez curieusement d'une grande confiance dans la capacité à prédire les décisions de justice. Selon lui, tout praticien, le cas échéant en s'aidant de la jurisprudence, « a en principe la possibilité de bien conseiller, c'est-à-dire de prédire correctement la décision du juge en se fondant sur les lois existantes ». Et de conclure : « C'est bien pour cela que, dans un État de droit, il y a une sécurité juridique, c'est-à-dire que chacun peut idéalement savoir où il en est » (*Vérité et Méthode*, *op. cit.*, p. 47 et p. 355).

¹⁸⁵³ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 459.

¹⁸⁵⁴ La notion d'équilibre institutionnel de l'Union, qui fonctionne sur une division institutionnelle quadripartite, s'apparente mais sans s'identifier au principe tripartite de séparation des pouvoirs.

des principes interroge tant la légitimité des juges à détricoter les compromis difficiles, obtenus par les instances de l'Union qui se rapprochent le plus d'instances démocratiques, que celle du législateur européen à en modaliser le contenu par l'adoption d'actes de droit dérivé. Entre les deux, les innombrables sources d'incertitude évoquées et l'écoulement d'un temps « parcouru d'hésitations » et « bousculé par des événements imprévus¹⁸⁵⁵ » imposent d'abandonner la conception statique du droit pour adopter celle, dynamique, qui correspond à un droit en mouvement¹⁸⁵⁶. Le procès, qui est confronté à cette réalité juridique, constitue donc un « événement » en puissance, au sens où Badiou l'entend. Toute instance juridictionnelle contient en effet la potentialité que surgisse une singularité imprévisible qui, bien qu'issue de la situation, s'en démarque au point de transformer la configuration de départ. Le droit de l'Union, par ses spécificités d'ordre juridique multiniveaux et multilingue illustre à merveille ce mécanisme et, plus largement, le fait que le droit se construit en grande partie en dehors de l'arène législative, condamnant de façon irrémédiable les prétentions de la logique cartésienne de la sécurité juridique à déterminer à l'avance les conséquences juridiques des actes posés dans le champ juridique européen.

406. — A l'évidence, la logique cartésienne ne se retrouve pas dans la *pratique* des juridictions de l'Union, ce qui aurait eu pour conséquence de réduire à néant toute *effectivité* de son ordre juridique. En effet, eu égard à la force normative des principes généraux du droit, l'inévitable imprécision, l'incontournable défaut de clarté et l'inéluctable imprévisibilité des normes européennes auraient dû, logiquement, mener à leur invalidation systématique sur la base du principe de sécurité juridique tel qu'il est défini par les juridictions de Luxembourg. Comment expliquer, dès lors, que cette logique soit maintenue dans le *discours* des juridictions de l'Union ? Nous avons proposé un premier élément de réponse dans la conclusion de notre seconde partie, qui tient à la prégnance du modèle cartésien dans l'inconscient juridique de tous les

¹⁸⁵⁵ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁵⁶ H. GAUDIN, « Le temps et le droit communautaire. Remarques introductives autour du droit positif », *op. cit.*, p. 351 (« Un droit en mouvement, voilà donc la logique temporelle du traité que l'on trouve accompagnée et confortée par la jurisprudence de la Cour de justice »). Évoquant les « temps imposés » et extérieurs au droit de l'Union, comme les élargissements ou les crises économiques, l'auteur observe qu'ils sont « à la fois imprévisibles et incontrôlables » (*ibid.*, p. 362-363).

juristes, à tout le moins de droit continental¹⁸⁵⁷. Le second élément réside dans la double quête de *légitimité* et d'*effectivité* menée par la Cour de justice dès les premières années de son activité. D. Simon évoquait un « contrat social » entre les États membres fondateurs supposant l'existence d'un intérêt commun des intérêts de chacun¹⁸⁵⁸. L'acceptabilité de l'ordre politique nouveau étant une condition de son succès, eu égard à sa dépendance à l'égard des États membres, ne fallait-il pas convaincre ceux-ci que les traités qu'ils avaient conclu ne leur réserveraient aucune surprise ? Et quelle meilleure façon de rassurer les États fondateurs, héritiers de la pensée de Montesquieu et Beccaria, que de leur présenter le modèle de juges qui ne sont que les bouches de la loi européenne, fruit des cocontractants originaires du contrat social européen ? Nous retrouvons, au niveau européen, l'intéressante et fictive combinaison des logiques *cartésienne* et *subjective* de la sécurité juridique qui avait contribué à mettre en place la *légitimité* des États-nations au XIX^e siècle (les sujets de droit étant ici les États membres de l'Union). Or, et de la même façon, c'est surtout la logique *politique* que le mythe cartésien vient soutenir afin de renforcer l'*effectivité* de l'ordre juridique nouveau (le Prince étant ici l'Union européenne). Il est significatif à cet égard que l'organe juridictionnel du Conseil de l'Europe, qui n'a pas la même vocation politique, ait choisi, il y a plus de trente ans, de reconnaître l'inanité de la logique cartésienne de la sécurité juridique.

407. — Les développements qui précèdent permettent donc d'éclairer le fossé entre le discours et la pratique des juridictions de l'Union relative au principe de sécurité juridique, que nous avons mis en lumière dans la première partie de notre étude. Seulement, si cette pratique s'est libérée de l'emprise de la logique cartésienne de la sécurité juridique, pourquoi s'émouvoir de son maintien dans le discours juridictionnel ? Précisément afin d'éviter que les juridictions se voient contraintes, afin de ne pas invalider l'intégralité du droit dérivé, de conclure que la règle est claire, précise et prévisible, voire d'imputer aux sujets de droit la responsabilité de l'imprévision de la situation juridique dont ils se

¹⁸⁵⁷ Voy. *supra*, n° 295.

¹⁸⁵⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 47. H. DUMONT évoque, pour sa part, la notion d'un « Pacte constitutionnel » négocié par les « entités nationales codétentrices du pouvoir constituant » (« La légitimité européenne... », *op. cit.*, p. 27).

plaignent¹⁸⁵⁹. Si tel est parfois le cas, la charge qui leur est imposée est, le plus souvent, disproportionnée. Or, s'il n'est pas nécessairement déraisonnable qu'ils aient à supporter à tout le moins une partie de l'incertitude inhérente au droit, ce ne peut être sur le compte de la sécurité juridique qui, comme on tentera de le démontrer par la suite, doit être mise en priorité au service des particuliers. Dans cette perspective, il nous paraît que la confiance constitue un meilleur fondement du principe que la certitude, à tout le moins dans la version promue par le paradigme cartésien. Tel est l'objet de notre second chapitre.

¹⁸⁵⁹ Sur la rigueur excessive de la Cour lorsqu'elle apprécie la prévisibilité, voy. V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, op. cit., p. 512. Cette rigueur est d'autant plus critiquable que, même lorsqu'une modification du droit est envisageable, cela ne signifie pas que son destinataire est en mesure de déterminer quand et comment elle aura lieu (Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 46).

CHAPITRE II

La sécurité juridique légitimée (ou la confiance comme réponse)

Quelle erreur de croire qu'il y ait sûreté pour le prince, là où rien n'est en sûreté contre lui ! Par la sécurité qu'on donne on achète la sécurité ; Il n'est pas besoin de bâtir de hautes forteresses, de munir de retranchements des collines escarpées, de tailler à pic les flancs des montagnes, de se hérissier de murailles et de tours : un roi sans gardes est protégé par sa clémence. Il n'est de rempart inexpugnable que l'amour des citoyens.

SÉNÈQUE

408. — Si la *réalité* du droit et de la fonction juridictionnelle impose l'abandon d'une conception cartésienne de la sécurité juridique, les réflexions qui vont suivre se situent davantage sur le terrain de la *légitimité*. Nous proposons de revenir au tournant amorcé par les théories du contrat social, plus particulièrement celle de Locke, pour reconstruire à l'aide des écrits de Fuller et de Luhmann, une logique *fiduciaire* de la sécurité juridique opérant au sein d'une conception *interactionnelle* du droit. L'idée de *confiance*, qualifiée d'« institution invisible » par le prix Nobel d'économie K. Arrow¹⁸⁶⁰, se pose ainsi comme pièce centrale du système politique, social et juridique et constitue, à nos yeux, le fondement le plus convaincant et le plus légitime de la sécurité juridique. Il ne s'agit aucunement de proposer une vision angélique du droit mais d'affirmer que la confiance est indispensable dans l'intérêt tant des autorités que des sujets de droit. La logique fiduciaire permet ainsi, de façon plus réaliste que sa logique cartésienne, d'assurer une certaine prévisibilité du droit. Au rapport de la Commission de Venise sur la prééminence du droit, qui concluait que la « confiance dans le

¹⁸⁶⁰ K.J. ARROW, *The Limits of Organization*, op. cit., p. 26.

système judiciaire et la prééminence du droit repose en grande partie sur le respect du principe de sécurité juridique¹⁸⁶¹ », nous répondons ainsi que ce principe dépend essentiellement du respect de la confiance dans le système judiciaire et la prééminence du droit¹⁸⁶² (section 1).

409. — Sur le plan des *bénéficiaires* de la sécurité juridique, la logique fiduciaire tend à privilégier sa logique subjective à sa logique politique. Il convient cependant d'insister sur le fait qu'il ne s'agit pas de plaider pour la victoire systématique de l'intérêt des particuliers sur celui du Prince, de l'État ou de l'ordre juridique mais bien pour le refus de la mise en échec de la logique subjective par un *argument* tiré de son pendant politique. Dans ce cas, en effet, comme le disait Demogue dans un contexte quelque peu différent, « l'idée de sécurité se retourne contre elle-même¹⁸⁶³ ». Tant la logique démocratique que la spécificité de la structure institutionnelle de l'Union vont cependant nous amener à devoir dialectiser l'opposition entre ces deux logiques. La démocratie postule en effet la souveraineté du peuple, dont les membres deviennent en même temps auteurs et destinataires de la norme. Par ailleurs, les relations classiques d'opposition entre l'autorité étatique et le sujet de droit appellent des aménagements lorsqu'on aborde la scène européenne, dès lors que les États membres occupent tour à tour la position d'autorité du droit de l'Union, et celle de sujets de droit, en tant que destinataires des actes adoptés par ses institutions (section 2).

410. — A l'idée d'un contrat social entre les États membres, nous substituerons l'idée d'un contrat social entre particuliers et autorités de l'Union. Cela nous permettra d'affiner les obligations qui incombent à ses différents acteurs, et même de formuler quelques modestes suggestions afin de rencontrer certains des problèmes mis en évidence dans la première partie de notre étude (section 3).

¹⁸⁶¹ Commission de Venise, *Rapport sur la prééminence du droit*, CDL-AD(2011)003rev, 2011, p. 11.

¹⁸⁶² Comme l'écrit A. PAPAUX, « la sécurité juridique est un problème de sécurité du droit et non de sécurité de la loi, suivant la confusion commune qu'une loi pas claire mettrait en péril la sécurité juridique (« Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle », *op. cit.*, p. 36).

¹⁸⁶³ Voy. *supra*, n° 258. Il visait les sécurités statique et dynamique du droit.

Section 1. — La confiance comme fondement de la sécurité juridique

411. — Comme l'écrit J. Ellul, tout rapport social « implique de la part de celui qui fait un pas, sa conviction que ce pas ne le fera pas tomber dans le chaos¹⁸⁶⁴ ». Il doit pouvoir prévoir ce que fera l'autre, ce qu'il peut en attendre. On se souvient que la catégorie de l'attente occupait une place importante dans la théorie du droit de Jellinek, de Bentham mais également de Hayek¹⁸⁶⁵. Elle devient déterminante dans la pensée de Niklas Luhmann, qui propose une réflexion intéressante sur l'attente et la confiance (A). En partant de ces développements, il est possible de construire, dans le prolongement des théories du contrat social revues par Lon Fuller, une conception *interactionnelle* du droit dans laquelle les autorités et les individus disposent chacun de droits et prérogatives qui articulent les exigences de la sécurité juridique à partir du paradigme de la confiance plutôt que de celui de la certitude (B). Aux promesses intenable de la logique cartésienne de la sécurité juridique, la logique fiduciaire de la sécurité juridique préfère l'engagement d'une prévisibilité relative (C).

A. L'attente, la confiance et le droit chez Luhmann

412. — Selon le sociologue allemand, l'individu est avant tout un être qui forme des attentes à l'égard du monde qui l'entoure. Il vit dans un monde complexe et contingent, ce qui l'oblige d'une part à effectuer des choix et à prendre des risques et, d'autre part, à s'exposer à la possibilité d'une déception. Il est en outre confronté à l'entrée, dans son monde, d'autres individus qui constituent également des sources d'incertitude. La tentative de se mettre à la place de l'autre pour deviner ses attentes (« l'attente des attentes ») est d'autant plus incertaine que, pour ce dernier, les mêmes problèmes de complexité, de

¹⁸⁶⁴ J. ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1963, p. 28-30.

¹⁸⁶⁵ Voy. *supra*, n^{os} 231, 234 et 278.

contingence et d'altérité se posent. S'inspirant des travaux de Talcott Parsons, Luhmann qualifie cette situation de « double contingence », c'est-à-dire toute expérience sociale revêtant la double signification des attentes d'un individu et de son jugement quant à la signification de son comportement à l'égard des attentes d'un autre individu¹⁸⁶⁶. Face à la complexité de la vie en société, l'homme est amené à développer des formes « de réduction de la complexité », comme la confiance, que Luhmann définit, au sens le plus large du terme, comme « le fait de se fier à ses propres attentes ». Elle ouvre des possibilités d'action qui, sans elle, « demeureraient improbables ou encore peu attrayantes ». La confiance, qui constitue un investissement risqué car elle peut être déçue, doit non seulement se mériter mais également se conserver, ce qui dépend étroitement de la façon dont on se présente à autrui, ce que Luhmann appelle l'« autoprésentation ». On crée en effet des attentes par sa façon d'être et, pour susciter la confiance, il faut être fidèle à ce qu'on a communiqué sur soi-même, consciemment ou non, le cas échéant en intégrant les attentes d'autrui. Il ne s'agit pas d'exiger que l'autre demeure le même mais bien qu'il se sente lié par la poursuite de l'histoire de son autoprésentation. Seule cette forme de confiance « considère réellement l'autre homme comme un être libre¹⁸⁶⁷ ».

Dans les ordres sociaux simples, la croyance dans des entités surnaturelles permettait de soustraire le monde à la disposition humaine, ce qui réduisait sa complexité et permettait à l'homme d'orienter sa conduite en se contentant de formes « personnelles » de confiance. Dans des sociétés connaissant une complexité accrue, la capacité limitée de l'individu impose de répartir, au sein des différents systèmes sociaux, le fardeau de la sélection entre les nombreuses possibilités d'action. Luhmann décrit le passage d'une confiance *personnelle* à une confiance *systémique* comme un processus qui crée une « sorte d'équivalent de la certitude », la confiance systémique se formant « pour ainsi dire d'elle-même à travers des expériences concluantes » mais requérant

¹⁸⁶⁶ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, op. cit., p. 24-42. Sur la notion de double contingence, voy. J.A. GARCIO AMADO, « Introduction à l'œuvre de Luhmann », *Droit et Société*, 1989, p. 17 ; M. KING et A. SCHUTZ, « The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann », *Journal of Law and Society*, 1994, p. 272-273.

¹⁸⁶⁷ N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. par S. Bouchard, Ed. Economica, Paris, 2006, p. 1-8, 27, 43-47, 70-72 et 92. La complexité constitue donc l'« arrière-fond de toute formation de la confiance » car celui « qui fait confiance se décharge par là de la complexité qu'il ne peut supporter » (*ibid.*, p. 75).

« un "feedback" constant ». Il en va ainsi de la confiance dans le pouvoir politique légitime, qu'il décrit comme une forme centralisée de réduction de la complexité qui aboutit à des décisions contraignantes. La façon dont cette confiance opère est, selon lui, assez obscure dès lors que, « dans le domaine de la politique, se perdent dans l'indéterminé le moment de la décision de faire confiance, celui du premier pas dans cette direction ainsi que les perspectives sous lesquelles la confiance sera accordée ». Cette opacité expliquerait que « l'ancien thème de la confiance politique, qui a joué un si grand rôle particulièrement à l'époque qui a suivi la fin des guerres civiles religieuses, ait pratiquement disparu de la théorie politique actuelle ». La métaphore du contrat social ne correspond, selon Luhmann, « à aucune réalité » dès lors que l'idée fondamentale de l'élection est que les représentants décident d'après le bien commun et non selon un mandat relatif aux intérêts individuels des citoyens. Il différencie la confiance politique en deux niveaux de généralisation, à savoir celui de la confiance du citoyen dans le système politique en tant que tel, et celui des attentes qu'il nourrit par rapport à certaines décisions. Ce type de confiance systémique « rend la confiance diffuse et, par conséquent, résistante voire même immunisée face aux déceptions individuelles ». En outre, en ce qu'elle « se fonde sur des processus *explicites* de réduction de la complexité, donc sur des hommes, et non sur la nature », et « que toutes les opérations sont *produites*, que toutes les actions ont été *décidées* en comparaison avec d'autres possibilités », la confiance politique ouvre l'esprit humain à l'inévitable contingence sociale¹⁸⁶⁸.

413. — La confiance a également joué un rôle déterminant dans cette autre opération de réduction de la complexité que constitue le droit : « En vérité, l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres tout comme, à l'inverse, la démonstration de confiance ne peut se faire que sur le fond d'une diminution des risques au moyen du droit ». Si ces deux mécanismes ne pouvaient être séparés dans les « systèmes simples », Luhmann, qui est juriste de formation, observe qu'ils doivent l'être dans des systèmes complexes, qui prévoient des mécanismes de sanction ou de réparation pour celui qui trahit la confiance. L'ordre juridique, en ce qu'il assure un « haut niveau de certitude à certaines attentes ainsi qu'aux possibilités

¹⁸⁶⁸ *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale, op cit.*, p. 55-72.

de sanction [...] déleste d'une partie du risque lié au fait d'accorder sa confiance ». Si plusieurs institutions juridiques peuvent encore être rattachées à ce concept, il s'agit de « phénomènes épars » qui se sont développés isolément, selon un phénomène de différenciation progressive du droit par rapport à la confiance. Ces deux mécanismes ne sont « plus liés que par leurs conditions *générales* de possibilité » et « ne se coordonnent qu'*au besoin* dans des cas particuliers qui revêtent une certaine importance¹⁸⁶⁹ ». Dans son ouvrage consacré à la théorie sociologique du droit, Luhmann préfère d'ailleurs se focaliser sur la notion d'« attente » plutôt que celle de « confiance ». Selon lui, la fonction d'un ordre normatif consiste à intégrer la « double contingence » qui est propre au phénomène social et à sécuriser les attentes individuelles. En effet, le fait d'orienter son comportement par rapport à des règles décharge la conscience de la complexité et de la contingence dès lors que ces règles classent les comportements en déviants ou non déviants. A partir de là, le sociologue distingue les attentes cognitives, qui devront être adaptées à la réalité en cas de déception, et normatives qui, même dans ce cas, seront maintenues. Dès lors que la validité des normes ne dépend pas de leur réalisation, Luhmann les définit comme des attentes comportementales contrefactuellement stabilisées (*counterfactually stabilised behavioural expectations*), qui rendent possible la supervision et la canalisation du processus, potentiellement dévastateur, de déception des attentes. Le droit apparaît ainsi comme une sécurisation des attentes avant même d'être un ordre coercitif¹⁸⁷⁰.

Afin de garantir le traitement de ces expectatives, un code binaire est nécessaire, comprenant une valeur positive (légal) et une valeur négative (illégal) qui va organiser l'« autopoïèse » du système juridique, c'est-à-dire permettre sa différenciation de l'environnement social et des autres systèmes selon des critères qui lui sont purement internes. Luhmann considère le système juridique comme faisant partie de la société, non seulement en ce qu'il dépend de sources extérieures pour son soutien social et sa légitimation mais aussi parce qu'il constitue une partie inextricable du réseau qui reproduit la société. Il est néanmoins un système clos en ce qu'il produit ses propres opérations,

¹⁸⁶⁹ *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, op cit., p. 37-40.

¹⁸⁷⁰ N. LUHMANN, « Le droit comme système social », trad. par M. van de Kerckhove, *Droit et Société*, 1994, p. 57-58 ; *A Sociological Theory of Law*, op. cit., p. 78 ; « Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system », *Cardozo L. Rev.*, 1991-1992, p. 1426.

ses propres structures et ses propres frontières. En d'autres termes il s'agit d'un système qui s'auto-organise, s'auto-détermine et produit sa propre unité. En ce sens, le système juridique est à la fois normativement clos et cognitivement ouvert. Un tel système autoréférentiel doit procéder à une auto-observation et à une autodescription afin de pouvoir reproduire ses propres opérations et traiter de façon sélective l'infinité des relations potentielles qui lui sont internes. Si tout système complexe doit tolérer une certaine surprise, cette « ouverture ne peut pas être poussée trop loin », à tout le moins si le droit doit « assurer la sécurité ». Il faut « aboutir à ce que la connaissance d'un ou de quelques éléments [...] permette des déductions concernant le comportement du système dans des cas concrets¹⁸⁷¹ ». Selon lui, le problème du droit est qu'il change trop vite pour constater des régularités¹⁸⁷². Il ne s'agit dès lors plus de le considérer comme un système de normes mais « comme un système social déterminé par un code qui lui est propre », dont la stabilisation réside « dans la positivité de la validité juridique, c'est-à-dire dans le fait que des normes déterminées ont été mises en vigueur par des décisions [...] et n'ont pas encore été modifiées¹⁸⁷³ ».

B. La logique fiduciaire de la sécurité juridique

414. — On ne peut souscrire aux propos de Luhmann sans émettre quelques réserves importantes¹⁸⁷⁴. La première concerne l'autonomisation du droit par rapport à la confiance, qui nous paraît devoir être relativisée lorsque sont en jeu les relations entre les particuliers et les pouvoirs publics et ce, tant sur le plan descriptif que normatif. Si le droit peut être défini comme « une structure d'un système social qui dépend de la généralisation convergente d'attentes comportementales

¹⁸⁷¹ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 282-284 ; « Le droit comme système social », *op. cit.*, p. 56-61 ; « Operational closure and structural coupling [...] », *op. cit.*, p. 1427-1431 et 1441 (« Autopoietic systems are systems organizing dynamic stability »). Selon Garcia Amado, Luhmann a pu voir dans la différenciation fonctionnelle des systèmes « une source de sécurité pour l'homme [...] qui permettrait de réduire la complexité et de rendre prévisibles les actions et leurs effets » (« Introduction à l'œuvre de Luhmann », *op. cit.*, p. 50).

¹⁸⁷² N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁷³ N. LUHMANN, « Le droit comme système social », *op. cit.*, p. 64-65.

¹⁸⁷⁴ En ce qui concerne son modèle autopoïétique, nous renvoyons aux critiques pertinentes formulées par M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST (*Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 150-159).

normatives¹⁸⁷⁵ », la confiance continue à jouer – et doit continuer à jouer – un rôle fondamental dans tout ordre juridique, particulièrement celui de l'Union européenne. En effet, si on reconnaît que le droit n'a pas la capacité de déterminer à l'avance son application, les destinataires de la norme ne vont continuer à la suivre qu'à condition qu'ils puissent avoir confiance dans le respect, par les autorités en charge de son exécution, des attentes légitimes qu'ils ont fondées sur la base de règles dont ils ont pu prendre connaissance. Dès lors que *l'effectivité* de l'ordre juridique dépend précisément de sa capacité à orienter les comportements de ses sujets de droit, ses autorités ont donc intérêt à prendre au sérieux les attentes formées par ceux-ci sur la base du droit existant.

415. — C'est en ce sens que nous considérons que la confiance *constitue le fondement le plus pertinent pour le principe général de sécurité juridique*¹⁸⁷⁶. Elle permet, mieux que tout autre concept, d'expliquer mais également de justifier l'obligation dans le chef des autorités de mettre les règles applicables à disposition de leurs destinataires et de tenir compte des attentes qu'ils forment sur cette base. En outre, si le processus de confiance exige bien « un *engagement mutuel*¹⁸⁷⁷ », la figure du contrat social paraît constituer un point de départ riche de potentialités. Or, le sociologue allemand condamne un peu vite cette « métaphore » sous prétexte qu'elle ne correspondrait à aucune réalité et que les représentants du peuple seraient en charge du seul bien commun. Nous aurons l'occasion de voir qu'une telle vision demande à être nuancée¹⁸⁷⁸. Enfin, la vision qu'a Luhmann du droit est à la fois trop étroite et trop pessimiste. En ce qu'il n'envisage le droit que « sous

¹⁸⁷⁵ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 82 (trad. libre : « Structure of a social system which depends upon the congruent generalisation of normative behavioural expectations »). Dans le même sens, voy. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 12 ; M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1346.

¹⁸⁷⁶ Selon K. LUCAS, la confiance « irrigue divers principes tels celui de bonne administration de la justice ou encore celui de sécurité juridique, et ce tant dans sa dimension objective que subjective » (« Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la « loi » : la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap jurisprudentiels », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 749). Sur l'importance institutionnelle de la confiance, voy. F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », in *Dire le droit, faire justice*, *op. cit.*, p. 123-128 ; *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 171-173).

¹⁸⁷⁷ N. LUHMANN, *La confiance*, *op. cit.*, p. 48. La confiance est la base de la formation du contrat (*ibid.*, p. 43).

¹⁸⁷⁸ Voy. *infra*, n° 442.

l'angle fonctionnel privilégiant la stabilisation des attentes de comportement », il perd de vue, selon Habermas, que la garantie que doit offrir la pratique judiciaire pour remplir sa fonction d'intégration sociale, à savoir veiller à l'« acceptabilité rationnelle » et au « caractère juste » des décisions¹⁸⁷⁹. Nous verrons par ailleurs qu'il est possible, notamment à partir de l'idée de confiance et de contrat social, d'être plus optimiste en ce qui concerne l'existence de certaines « régularités » dans le droit de nature à assurer une prévisibilité juridique relative.

416. — Nous proposons donc de remonter au tournant que représente le XVII^e siècle dans l'histoire du principe de sécurité juridique mais, plutôt que de suivre l'embranchement privilégié par la pensée juridique dominante (certitude/logique cartésienne) nous approfondirons la piste ouverte par les théories contractualistes, et notamment celle de Locke (confiance/logique fiduciaire)¹⁸⁸⁰. Selon ce dernier, la légitimité du gouvernement tient essentiellement à l'accomplissement des missions dont il a été investi par les individus, co-auteurs du pacte originaire, et qui consiste en la protection de la propriété individuelle. Dépouillée de ses accents individualistes, libéraux, voire capitalistes, cette théorie offre une belle idée de la légitimité des autorités dans une société démocratique et un État de droit¹⁸⁸¹. Comme le rappelle A. Garapon, à rebours de l'apologie du parjure de Machiavel, « (q)u'est-ce que la politique si ce n'est refuser les régulations spontanées de la nature [...] pour se faire des promesses les uns aux autres ?¹⁸⁸² ».

Il ne s'agit pas de concevoir la notion de contrat social du point de vue explicatif d'un événement historique ou descriptif de la situation

¹⁸⁷⁹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 63-63 et 218-219.

¹⁸⁸⁰ N. Luhmann ne pense pas que « le progrès de la civilisation techno-scientifique puisse permettre un contrôle des événements et remplacer la confiance en tant que mécanisme social par une maîtrise des choses qui la rendrait superflue » et il gage même sur le fait « qu'il faudra de plus en plus faire appel à la confiance afin que l'on puisse supporter la complexité de l'avenir engendrée par la technique » (*La confiance*, op. cit., p. 16-17).

¹⁸⁸¹ En ce qui concerne la place de la confiance comme fondement de l'État de droit, voy. *supra*, n° 240.

¹⁸⁸² A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, op. cit., p. 274. Selon lui, ces promesses, les « juges les gardent mais ne les nouent pas : ils en sont les témoins, les garants et les gardiens » (*idem*). Selon F. OST, un ordre juridique doit se comprendre « comme un système durable d'interactions et d'engagements réciproques fondés sur la confiance » (*Le temps du droit*, op. cit., p. 173).

actuelle mais de l'envisager sous l'angle normatif¹⁸⁸³, comme outil intellectuel pour penser et construire un équilibre de type contractuel entre les sujets de droit et l'autorité, qui est investie de la confiance des premiers afin de garantir le bien commun et la protection des intérêts particuliers¹⁸⁸⁴. L'idée du contrat social permet d'envisager des obligations dans le chef des sujets de droit, mais également, dans l'intérêt général, des limites à leur prétention. Elle peut être affinée à l'aide des écrits de Fuller et de l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » (1). A partir de là, il est possible de privilégier une logique *fiduciaire* de la sécurité juridique et d'envisager une première esquisse des obligations exigées tant des particuliers (2) que des autorités (3)¹⁸⁸⁵.

1. Une conception interactionnelle du droit

417. — S'il donne d'abord une définition assez restrictive du système juridique comme « entreprise d'assujétissement du comportement humain à la gouvernance de règles¹⁸⁸⁶ », Fuller en propose ensuite une

¹⁸⁸³ En ce sens, voy. déjà les écrits de Blackstone, *supra*, n° 212. Sur le caractère de vérité historique ou d'abstraction logique du contrat social chez Locke, voy. C.B. MACPHERSON, « Editor's introduction », *op. cit.*, p. xiii et les passages suivants : *Second Treatise of Government*, *op. cit.*, p. 13 (§ 14) et 53 (§ 100). Sur les autres apories de la notion de contrat social, notamment sa circularité, voy. B. BERNARDI, « Introduction. Pour lire le *contrat social* », in J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 19 ; G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 200-203 ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 243-244 ; F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 59. Voy. également les critiques de Hume, *supra*, n° 215.

¹⁸⁸⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, *op. cit.*, p. 218-219. En ce sens, nous nous écartons des conceptions de Hobbes et Rousseau, qui excluaient explicitement le souverain du contrat social, et nous privilégions l'aspect vertical du contrat, qui concerne le souverain et ses sujets (de droit). Sur le contrat social comme fiction fondatrice de la légitimité du lien social, voy. G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 201 ; M. ROSENFELD, « The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy », *op. cit.*, p. 1312 ; F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *A.P.D.*, 1985, p. 27.

¹⁸⁸⁵ Comme l'écrivait déjà HEGEL, « le citoyen n'a pas de droits du même contenu que les devoirs qu'il a envers le prince et envers le gouvernement » (*Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 307). P. POPELIER écrit qu'une conception dynamique de la sécurité juridique pose la question de savoir quelle est la part de responsabilité des autorités et des citoyens pour que le droit soit accessible (« Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 52).

¹⁸⁸⁶ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 96 106, et 122. Pour une critique du caractère restrictif de cette définition, voy. P. POPELIER, « Legal certainty and principles of proper law making », *op. cit.*, p. 325.

vision nettement plus intéressante. On se souvient qu'il faisait grief aux positivistes de présenter le droit comme une projection d'autorité à sens unique alors qu'il s'agit d'une entreprise de collaboration entre les autorités et les citoyens, qui nourrissent chacun des attentes les uns envers les autres. S'il renoue en quelque sorte avec la logique du contrat social, le professeur d'Harvard n'affectionne cependant guère cette notion, en raison de ses connotations historiques et du fait qu'elle présente un côté incongru en démocratie, où le même citoyen peut être législateur et sujet de droit. Il préfère la notion de « *intendment* », ou de « *role expectations* » qu'il définit comme une *attente* tacite généralement partagée, un engagement qui fait partie de la réalité sociale. Cet engagement repose sur le fait que l'obéissance aux règles perd son intérêt si le sujet sait que l'autorité n'y prêtera pas attention et, à l'inverse, que le législateur n'acceptera les restrictions de la *rule of law* que s'il sait que les sujets sont prêts ou capables d'obéir à ses règles. Il propose, en résumé, d'adopter une conception « interactionnelle » du droit (*interactional view of law*) : le souverain a l'obligation de rendre le droit prévisible pour les sujets de droit et il peut, en échange, attendre de ceux-ci qu'ils soient prêts ou capables d'obéir à ses règles¹⁸⁸⁷.

418. — A partir des développements de Luhmann et de Fuller, il est donc possible de repenser la notion de sécurité juridique non plus sur la base de la certitude mais de la confiance et ce, dans le cadre d'une conception interactionnelle du droit. Dans cette optique, il est intéressant de mobiliser le célèbre adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». La plupart des auteurs reconnaissent le caractère indispensable de cette présomption, tout en admettant dans la foulée son caractère irréaliste¹⁸⁸⁸. Bien que souvent utilisé dans sa version latine (« *nemo censetur ignorare legem* »), il semblerait que cet adage

¹⁸⁸⁷ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 217-221. Sur sa conception du droit comme entreprise de collaboration, voy. *supra*, n° 276.

¹⁸⁸⁸ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 165 (« Nous continuons à dire que nul n'est censé ignorer la loi. Mais il faut reconnaître quelque mérite à ceux qui la connaissent »); A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.* (« Nul n'est censé ignorer la loi... mais personne ne *peut* la connaître en tous ses aspects et encore moins en toutes ses potentialités »); P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 234 (« rien de plus injuste – en même temps rien de plus nécessaire que cet axiome »). Selon N. LUHMANN, l'obligation de connaître tout le droit est non seulement impossible mais irrationnelle : « It is not even rational now for the individual both to gain legal knowledge to store for the future and to keep it up to date, however frequently he is confronted with certain

n'existait pas en droit romain et doit probablement être imputé à un glossateur médiéval du *Digeste*, afin de faire la distinction entre erreur de fait et de droit. Alors que la première était tolérée, l'erreur de droit était, en principe, sans effet¹⁸⁸⁹. En ce sens, l'adage s'inscrit, dans notre terminologie, dans une logique « politique », en ce qu'il vise avant tout l'effectivité des mesures adoptées par le prince. Il importe en effet peu que le destinataire de la norme en ait ou non connaissance, dès lors qu'il est présumé la connaître, « même à défaut de proclamation¹⁸⁹⁰ ». Dans une conception interactionnelle de l'État de droit, l'adage acquiert une autre signification. Si l'autorité peut exiger des sujets de droit qu'ils connaissent le droit, c'est à la condition, suffisante mais nécessaire, qu'elle ait mis à leur disposition l'information nécessaire relative à son contenu. Avant d'imposer une charge aux citoyens, l'adage intime aux autorités de veiller à ce que « nul n'ignore la loi¹⁸⁹¹ ». Seulement,

legal cases in his occupation » (*A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 195). On serait tenté de traduire : « nul être censé ne connaît toute la loi ».

¹⁸⁸⁹ M. COIPEL, « La signification de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" », *Cah. Fac. Sc. Soc. Nam.*, 1988, p. 9-10 ; Ch. HUBERLANT, « La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Ch. Perelman et P. Foriers (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 194. L'adage « *nemo jus ignorare censetur* » est également utilisé (*ibid.*, p. 187).

¹⁸⁹⁰ D'après un exemple emprunté par Ch. Huberlant à M.L. Neville Brown, un jugement anglais de 1365 indiquerait que « Chacun est tenu de savoir ce qui se fait au Parlement, même à défaut d'une proclamation dans le comté ; dès qu'une décision a été prise au Parlement, chacun est juridiquement présumé en avoir connaissance car le Parlement représente le corps du Royaume » (« La présomption de connaissance de la loi... », *op. cit.*, p. 194). Il est vrai qu'à l'époque médiévale, il était fait exception à l'irrecevabilité de l'erreur de droit pour les personnes moins aptes à se renseigner comme les femmes, les mineurs ou les soldats (*idem*).

¹⁸⁹¹ X. SOUVIGNET considère que les principes d'accessibilité, d'intelligibilité et de prévisibilité du droit « consacrés par le vocable moderne de *sécurité juridique*, sont les conditions nécessaires du consentement des destinataires à la règle, condition de possibilité de toute relation, donc de la règle elle-même. Car le célèbre adage *nul n'est censé ignorer la loi* ne constitue une fiction juridiquement efficace que pour autant que le système juridique permette d'en susciter la foi » (« L'accès au droit. Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctrina*, n° 1, 2008, p. 33-34). Certains auteurs soulignent le fait que l'exigence de sécurité juridique apparaît comme la contrepartie (X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *op. cit.*, p. 80) ou le renversement (A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 15) de cet adage. Selon L. GUILLIEN, les exigences de cet adage « ne paraîtront légitimes que si la loi est aisément accessible et facilement compréhensible », la connaissance du droit permettant de « pénétrer dans le pacte social » (« Nul n'est censé ignorer la loi », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, Paris, 1961, p. 253 et 257-258). M. Coipel

leur obligation ne se limite pas à rendre le droit accessible à ses destinataires, il faut également que son application corresponde à ce qui a été promulgué. La convergence entre la « règle déclarée » et l'« action officielle » constitue, selon Fuller, l'exigence la plus complexe de la moralité interne du droit et la plus fragile¹⁸⁹². C'est alors aux autorités que l'adage impose de ne pas « ignorer » la loi, dans le sens cette fois qu'elles ne peuvent refuser de la prendre en compte¹⁸⁹³.

419. — Dans une optique « contractualiste », nous affirmons que la responsabilité des autorités va encore plus loin et qu'elle les oblige à prendre en considération les attentes formées par les sujets de droit sur la base des règles existantes ou qu'ils peuvent légitimement considérer comme étant en vigueur. La nuance est subtile mais fondamentale : elle signifie que les attentes légitimement formées, même en cas d'apparence de droit, sont également dignes de protection, à tout le moins lorsqu'elles sont imputables aux autorités publiques. A défaut, celles-ci ne gagneront jamais la confiance de ceux que leurs règles régissent, ou bien elles la perdront progressivement. Or, une déception répétée de la confiance investie ponctuellement pourrait entraîner des conséquences sur le second niveau mis en évidence par Luhmann, à savoir la confiance à l'égard du système dans son ensemble. Une telle défiance, qui risque de porter atteinte à la légitimité du système ou de ses institutions, est également de nature à remettre en cause, à terme, son effectivité. Si l'État n'accomplit pas sa part du contrat social, il s'expose au

précise que l'adage ne requiert des sujets de droit que de connaître « les lois *qui leur sont applicables* » (« La signification de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" », *op. cit.*, p. 7). *Contra*, voy. B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion... », *op. cit.*, p. 168 (« Le principe de sécurité juridique n'est pas la condition du respect de la règle selon laquelle "nul n'est censé ignorer la loi" »).

¹⁸⁹² L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁹³ Selon F. OST, ce qui distingue une gestion managériale d'un État de droit, c'est cet impératif de « maintien de la confiance mutuelle » dans le chef des dirigeants. Il définit plus loin la sécurité juridique comme cette « promesse que les autorités se conformeront elles-mêmes à cette loi et n'en appliqueront point d'autre aux citoyens » (*Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 172 et 290 : « Ne dit-on pas que par cette autolimitation le pouvoir génère la confiance, fondatrice de l'État de droit ; et que de cette sécurité dépend la fiabilité du droit [...] ? »).

risque que les citoyens fassent valoir une « exception d'inexécution » et refusent de jouer le « jeu normatif » dont il a établi les règles¹⁸⁹⁴.

420. — Les développements qui précèdent nous amènent à considérer que l'argument de la sécurité juridique doit être mobilisé, en priorité, en faveur des particuliers (logique *subjective*) plutôt qu'en faveur de l'Union (logique *politique*). Tel est en tout cas le sens privilégié par le droit allemand¹⁸⁹⁵, à qui est attribuée la paternité du principe dans sa version européenne¹⁸⁹⁶. Une telle priorité s'inscrit dans la dynamique protectrice des droits fondamentaux et se justifie par les exigences de l'État démocratique¹⁸⁹⁷. Si on peut considérer que le système politique est une « organisation grâce à laquelle la personne peut jouer [...] son rôle de citoyen » et qu'une citoyenneté effective requiert la garantie des droits, il est alors nécessaire que la loi lui soit accessible, sauf à refuser tout lien entre système juridique et politique¹⁸⁹⁸. Les auteurs des lois sont élus par le peuple et dotés d'un certain mandat. A ce titre, ils doivent assumer la responsabilité des règles de droit qu'ils édictent.

¹⁸⁹⁴ MONTESQUIEU écrivait : « C'est parce que les esclaves ne purent avoir, chez les Romains, de confiance dans la loi, que la loi ne put avoir de confiance en eux » (*L'esprit des lois*, *op. cit.*, Liv. XV, ch. XVI, p. 362). Selon FULLER : « If we view the law as providing guideposts for human interaction, we shall be able to see that any infringement of the demands of legality tends to undermine men's confidence in, and their respect for, law generally » (*The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 222).

¹⁸⁹⁵ W. ZIMMER, « Constitution et sécurité juridique. Allemagne », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, vol. XV, p. 91 ; A.-L. VALEMBOSIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 201 ; E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique*, *op. cit.*, p. 268 ; J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 150 ; P. POPELIER, « Legal certainty... », *op. cit.*, p. 327. Cet auteur relève que, pour le *Bundesverfassungsgericht*, la sécurité juridique des citoyens signifie avant tout la protection de la confiance (*Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 173 et les réf. citées). Selon H. RABAULT, « le droit constitutionnel allemand représente peut-être la forme exemplaire de l'application concrète du concept d'État de droit » et « (c) e n'est pas le fait du hasard si la notion de sécurité juridique y implique un principe de 'protection de la confiance envers la loi', qui impose, par exemple, une protection du justiciable contre les revirements législatifs » (« La confiance comme mécanisme social... », *op. cit.*, p. 749).

¹⁸⁹⁶ J.R. MAXEINER, « Legal certainty... », *op. cit.*, p. 449 ; M. AKEHURST, « The Application of General Principles of Law... », *op. cit.*, p. 38 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁸⁹⁷ Voy. *supra*, n° 287. Dans le même sens, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁹⁸ A.M. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel... », *op. cit.*, p. 363.

Le respect par l'autorité étatique de la *confiance* des particuliers représente ainsi la contrepartie de son pouvoir de déterminer unilatéralement les règles applicables¹⁸⁹⁹. Sur le plan juridictionnel, cette accessibilité est également indispensable pour que, comme le rappelait Hegel, le justiciable soit présent à son procès, non seulement physiquement mais aussi « intellectuellement¹⁹⁰⁰ ». En d'autres termes, la sécurité juridique devient une condition d'émancipation du citoyen et du sujet de droit. A partir de là, il est possible d'envisager quelles sont les obligations qui incombent aux sujets de droit et aux autorités dans une logique fiduciaire de la sécurité juridique.

2. Les obligations des sujets de droit

421. — Marcel Gauchet estime que nous « sommes embarqués dans la tentative hautement problématique de traduire en régime politique le fondement individualiste de la légitimité dans nos sociétés ». Leur problème n'est plus tellement la crainte d'un État total mais plutôt le décontentement de l'État face à un individu total, qui fait valoir ses droits et libertés mais refuse ses obligations. Le philosophe français nous invite à repenser « la synthèse de l'indépendance des personnes et de l'autonomie collective », en commençant par se dégager de la notion, issue du XVIII^e siècle, d'un individu abstrait pour considérer l'individu concret, en société¹⁹⁰¹. Ce type de perception individualiste participe en effet, à l'instar de la logique cartésienne, d'une dérive de la pensée juridique moderne qui néglige le fait que le droit est « constitué

¹⁸⁹⁹ V. PETEV, « Temps et transmutation des valeurs en droit », in *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation pour durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 176 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, op. cit., p. 106. Selon cet auteur, le principe de confiance légitime « doit, en fin de compte, intervenir avant tout dans les relations entre les personnes privées et les personnes publiques » et ne devrait pas pouvoir être invoqué par une autorité publique contre une personne privée qui « trouve dans ce principe un facteur compensateur du pouvoir étatique » (*ibid.*, p. 354-355). Voy. également P. POPELIER, « Five Paradoxes on Legal Certainty... », op. cit., p. 55 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, op. cit., p. 124-127. Enfin, on se rappellera des termes du texte anonyme de 1712 sur les pouvoirs du Parlement anglais, qui contient la plus ancienne occurrence des termes « *legal certainty* » que nous ayons pu identifier : « The Parliament Writs, and the Legal Certainty of them, is all the Legal Security the People have for the great Trust and Concernment they commit to Parliaments » (*supra*, note n° 652).

¹⁹⁰⁰ Voy. *supra*, note n° 989.

¹⁹⁰¹ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., p. 399-405 et 420.

de relations entre les membres d'un groupe social¹⁹⁰² ». G. de Stexhe dénonce les limites du pari, depuis Hobbes, « de voir s'édifier du lien et du droit à la faveur du jeu des purs intérêts individuels » et la « fragilité, voire l'inconsistance d'une solidarité et même d'une coexistence qui ne reposent que sur la foi dans le surcroît de bénéfice privé que peut procurer le lien social¹⁹⁰³ ». Dans le prolongement de ces réflexions, la conception interactionnelle du droit ne tend pas à accentuer le phénomène de subjectivisation croissante du droit, au centre duquel règnerait l'individu en maître incontesté¹⁹⁰⁴. Au contraire, la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique s'impose pour éviter une dérive individualiste de sa logique *subjective*, qui est vouée à l'échec face à la multiplication des intérêts légitimes en jeu.

422. — Si le principe de sécurité juridique a d'abord vocation à protéger les sujets de droit, cela ne signifie pas que ceux-ci pourraient se prévaloir de cette protection sans obligation dans leur chef. Au contraire, chaque sujet de droit est, en partie, responsable de sa sécurité juridique, qui est irrémédiablement dépendante de l'interaction sociale et juridique¹⁹⁰⁵. Les États peuvent attendre des destinataires des règles en vigueur qu'ils en prennent connaissance et, globalement, qu'ils les respectent. A défaut, les autorités sont habilitées à sanctionner la violation du prescrit légal, en se fondant sur l'adage selon lequel « nul

¹⁹⁰² M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, *op. cit.*, p. 151. Selon l'historien du droit, l'erreur commise par Kant est de définir le droit subjectif à partir de l'individu sans voir que ce droit est, pour le juge qui le détermine, « répartition entre plusieurs au sein d'un ensemble », dans l'esprit des juristes romains et des praticiens modernes, *jus* pour les particuliers signifiait la « part de richesses, d'obligation ou d'honneurs qui doit revenir à chacun (*suum jus cuique tribuendum*) de par ce passage entre membres d'un groupe social que doit effectuer le juriste » (*ibid.*, p. 153).

¹⁹⁰³ G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 209.

¹⁹⁰⁴ R. MEHDI, « Variations sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 192 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 34 et 360 et les réf. citées ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 22 et 24. Notre approche se démarque donc de la figure historique du contrat social comme retour à l'individuel, dans lequel l'« instauration de la socialité n'est que l'invention d'une figure nouvelle du même » (G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 210-211). Nous nous écartons ainsi de la logique subjective radicale promue par Unger (voy. *supra*, n° 283).

¹⁹⁰⁵ On se souviendra que, dans la conception conflictuelle du droit de Jhering, la sécurité juridique devait se mériter, le cas échéant au prix d'une lutte douloureuse (voy. *supra*, n° 230).

n'est censé ignorer la loi ». Il est aussi envisageable de conditionner dans une certaine mesure la protection juridique des attentes au fait qu'elles soient « légitimes », ce qui peut notamment requérir la bonne foi des intéressés¹⁹⁰⁶.

3. Les obligations des autorités

423. — Certes, la conception subjective de la sécurité juridique doit s'inscrire dans la démarche démystifiante et dynamique suggérée plus haut. Il n'est pas question d'entretenir le fantasme d'un principe général générateur de droits subjectifs garantissant la prévisibilité juridique absolue. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille se satisfaire d'une version procédurale du principe, dont l'intérêt, réel, ne peut masquer le manque d'ambition. A côté de la notion classique de la sécurité juridique, plusieurs auteurs mettent en effet en avant les mérites du paradigme procédural. Il en va ainsi d'Habermas qui, dans la continuité de ses travaux sur l'éthique communicationnelle¹⁹⁰⁷, suggère une sécurité juridique « à un autre niveau », à savoir la garantie procédurale du droit à un procès équitable. Selon le philosophe allemand, « (l)e droit ne prend pas tout son sens normatif en vertu de sa seule *forme*, pas plus qu'en vertu d'un *contenu* moral donné a priori, mais à travers une *procédure* d'édiction du droit qui engendre la légitimité¹⁹⁰⁸ ». C'est

¹⁹⁰⁶ Sur la question de la bonne foi en droit de l'Union, voy. *infra*, n°s 453-455.

¹⁹⁰⁷ Il convient de remplacer la raison pratique, qui a montré ses limites, par une raison communicationnelle, qui n'est plus imputée à un acteur isolé ou à une institution et dont le médium du langage crée la possibilité. Toute personne qui se sert de la langue naturelle afin de s'entendre avec un destinataire doit adopter une « attitude performative » et accepter plusieurs présuppositions, comme le fait que les participants « poursuivent leurs fins illocutoires sans réserve, qu'ils soumettent leurs accords à la reconnaissance intersubjective de prétentions à la validité critiquables, et se montrent disposés à assumer les obligations significatives pour la suite des interactions qui résultent d'un consensus » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 17-18).

¹⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 153, 224, 234, 241-242 (« Les droits de procédure garantissent à toute personne juridique la prétention à une procédure équitable qui ne garantit aucune sécurité de résultat mais une élucidation par la discussion des questions juridiques et matérielles en cause ; les personnes concernées peuvent donc compter sur le fait que, dans la procédure, ne seront décisives pour la décision judiciaire aucune raison arbitraire, mais uniquement des raisons recevables. Si nous considérons le droit en vigueur comme un système de normes idéalement cohérent, cette sécurité juridique dépendant de la procédure peut satisfaire l'attente dont est susceptible de faire preuve une communauté juridique soucieuse de son intégrité et guidée par des principes, à savoir que chacun soit garanti dans les droits qui lui reviennent »).

donc un tournant procédural que le philosophe propose, en rappelant l'importance du débat judiciaire qui doit répondre aux conditions de l'éthique de la discussion et respecter les garanties du procès équitable¹⁹⁰⁹. A défaut de certitude sur le résultat exact d'une procédure juridictionnelle (« droit au droit »), le droit permet de garantir au particulier qu'il sera un « justiciable », c'est-à-dire que sa cause sera entendue par un juge (« droit au juge ») indépendant et impartial, dans le cadre d'un débat contradictoire¹⁹¹⁰. Cette garantie s'étend idéalement à la certitude d'obtenir une décision¹⁹¹¹, qui doit être motivée et présenter un raisonnement susceptible d'être imputé au droit existant¹⁹¹².

424. — En dépit de ses avantages, le paradigme procédural s'expose à plusieurs critiques formulées de façon très convaincante par F. Ost. Tout d'abord, la théorie habermassienne tend à nier l'existence des paradigmes d'arrière-plan sur lesquels elle repose, comme les idéaux d'égalité et d'autonomie¹⁹¹³. En outre, une conception trop radicale des bénéfices de la procéduralisation sous-estime le *conflit* et l'*inégalité* de la vie sociale, en idéalisant un « univers politico-juridique quasi angélique cherchant en permanence à ajuster les conditions d'une coopération efficiente ». Elle minimise également l'importance des *valeurs* pour le droit, dont l'ambition n'est pas de dire, dans le registre cognitif et constatif, la *vérité* du social mais bien, dans le registre normatif voire

¹⁹⁰⁹ Sur la question, voy. B. FRYDMAN, « L'évolution des critères... », *op. cit.*, p. 24.

¹⁹¹⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 691 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 25-26 ; F. OST, « Justice aveugle, médias voyeurs », in *Dire le droit, faire justice*, *op. cit.*, p. 157 ; S. BERTEA, « Towards a New Paradigm of Legal Certainty », *op. cit.*, p. 37. Plus lyrique, J. CARBONNIER écrivait : « Qu'importe donc que les règles soient mouvantes, incertaines, si l'on est assuré de toujours trouver des juges équitables ? La confiance que l'homme met en ses semblables, ou en ses supérieurs, vient ainsi calmer, au fond de son cœur, l'inquiétude suscitée par le monde inconnu des règles » (*Flexible droit*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 170).

¹⁹¹¹ A tout le moins lorsque le déni de justice est prohibé (sur cette notion, voy. P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », *op. cit.*, p. 22 ; R.A. POSNER, « The Role of the Judge in the Twenty-first Century », *op. cit.*, p. 1063 ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 171-172).

¹⁹¹² S. BERTEA, « Towards a New Paradigm of Legal Certainty », *op. cit.*, p. 40.

¹⁹¹³ En outre, une certaine bonne volonté est postulée par Habermas chez ceux qui participent à l'éthique communicationnelle (*Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 489-493). Comme le relève F. Ost, la procédure s'adresse à des individus « désireux d'établir le lien social sur une base coopérative » (*Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 324).

performatif, de tendre vers la *justice* : « Faire advenir des institutions justes qui nouent le lien social et contribuent à l'identification des individus ». Enfin, une théorie procédurale qui se fait trop contextuelle risque de porter atteinte au « temps instituant de la règle », à savoir sa capacité à transcender les situations particulières¹⁹¹⁴.

425. — Du point de vue qui nous concerne, une sécurité juridique procédurale ne présente qu'un degré limité de satisfaction en termes de prévisibilité. Elle n'offre en effet aucune garantie par rapport à la façon dont, sur le fond de l'affaire, les attentes des justiciables seront prises en considération¹⁹¹⁵. De façon plus ambitieuse que la sécurité procédurale mais plus réaliste que la logique cartésienne, il est possible de décomposer les obligations des autorités relatives au principe de sécurité juridique en deux éléments. Le premier impose à l'autorité d'instaurer les conditions de possibilité de la connaissance du droit par ses destinataires pour leur permettre de prendre leurs dispositions en conséquence ou de mettre leur situation en conformité avec le droit en vigueur¹⁹¹⁶. Ils se trouvent ainsi en situation de voir leurs attentes jugées légitimes (point de vue positif) ou à tout le moins de ne pas voir leurs actions jugées négativement (point de vue négatif). A cet égard, le droit doit être accessible, matériellement et intellectuellement, et il ne peut,

¹⁹¹⁴ *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 324-329.

¹⁹¹⁵ G.P. ROMANO, « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts *Gasser* et *Owusu* », *C.D.E.*, 2008, p. 183-184 ; O. DE SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », *op. cit.*, p. 194-195 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 708. En outre, si les règles procédurales ne sont pas claires, il existe non seulement un risque que le plaideur ne s'en serve pas, ou pas de manière efficace, mais également que ces règles fassent elles-mêmes l'objet d'un contentieux. En droit de l'Union, la question de l'accès au juge européen est complexe et a fait l'objet d'une jurisprudence touffue (voy. notamment *supra*, n^{os} 138 à 143, et A. VAN WAEYENBERGE et J. VAN MEERBEECK, « Les conditions de recevabilité des recours... », *op. cit.*, p. 165-203). Comme l'écrit l'avocat général Léger : « La question du caractère intracommunautaire du litige concerné risque fort d'être un "nid à contentieux", c'est-à-dire de susciter de nombreuses contestations entre les parties et de conduire en conséquence à un usage des voies de recours portant sur cette seule question préalable, indépendamment du fond même du litige. A l'évidence, une telle perspective de multiplication des procédures est loin d'être satisfaisante en termes de sécurité juridique. » (ses concl. dans l'aff. C-281/02, *Owusu*, pt 167).

¹⁹¹⁶ Comme l'écrit FULLER, « there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that [...] is kept secret from him » (*The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 39).

en principe, être rétroactif¹⁹¹⁷. Cette obligation d'accessibilité du droit ne se limite cependant pas au droit de nature législative ou exécutive et s'étend au droit jurisprudentiel, ce qui passe notamment par une motivation circonstanciée de décisions de justice qui assument leur impact normatif¹⁹¹⁸. Certes, le caractère rétroactif de la jurisprudence ne peut être éliminé mais ses conséquences négatives peuvent, le cas échéant, être atténuées à l'aide de la modulation dans le temps des effets des décisions. Du reste, on l'a vu, il convient de ne pas exagérer la portée de l'obligation existant dans le chef des autorités, dont la capacité d'action est limitée par diverses contraintes, notamment langagières, institutionnelles, juridiques et factuelles¹⁹¹⁹.

Le second élément consiste à garantir la prise en considération des attentes légitimement formées par les destinataires de la règle, le cas échéant lorsque le droit n'est qu'apparent mais que cette apparence peut être raisonnablement imputée aux autorités publiques. Prendre en considération ne signifie pas faire d'office droit à ces attentes. Il est en effet possible que d'autres intérêts légitimes soient en jeu. Il ne peut donc y avoir aucune prévisibilité absolue, le droit n'étant pas une science exacte et toute instance juridictionnelle étant susceptible de constituer un *événement*, qui se dégage de la concrétisation du droit en vigueur, du « cas » particulier. Si un autre intérêt doit primer, il incombe néanmoins à l'autorité de justifier et de motiver de façon transparente cette priorité. Dans une conception interactionnelle du droit fondée sur la notion de confiance, il est donc possible de s'attendre à une certaine prévisibilité de décisions de justice.

¹⁹¹⁷ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 18-19 et les réf. citées. X. SOUVIGNET définit l'accessibilité à un discours « comme la possibilité pour les destinataires d'en prendre connaissance » et « l'intelligibilité d'un discours, comme la possibilité de le comprendre » (« L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 33). On ne peut souscrire, en ce sens, à l'affirmation selon laquelle « (l)'accès au droit est une notion distincte du principe de sécurité juridique car on peut très bien concevoir un système fiable et auquel personne n'a accès, sans que la personne puisse y obtenir la garantie de ses droits » (A.M. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel... », *op. cit.*, p. 364).

¹⁹¹⁸ Voy. *infra*, n°s 486-488.

¹⁹¹⁹ Voy. *supra*, n°s 311 à 338 et *infra*, n°s 427-429.

C. Une prévisibilité relative

426. — La doctrine majoritaire reconnaît au droit un certain degré de déterminabilité, de détermination voire de prévisibilité¹⁹²⁰. Même les réalistes américains, qui contestaient la capacité des règles à déterminer les décisions des juges, reconnaissaient la possibilité de prévoir ces dernières, excluant de la sorte l'arbitraire absolu dans le chef des juges¹⁹²¹. Selon J. Coleman et B. Leiter, il s'agit précisément de leur héritage involontaire que d'avoir montré que l'indétermination du droit n'empêche pas sa prévisibilité. Ils constatent en effet que les juristes ont une certaine capacité de prédiction, basée sur une connaissance informelle, psychologique, politique et culturelle de la fonction de juger¹⁹²².

427. — Plusieurs auteurs ont tenté de mettre en évidence des contraintes proprement juridiques, qui ne s'assimilent ni à des obligations juridiques au sens classique du terme, ni à la volonté de l'acteur du droit disposant d'un pouvoir discrétionnaire de s'autolimiter. La contrainte juridique

¹⁹²⁰ A.B. RUBIN, « Does Law Matter?... », *op. cit.*, p. 313; N. MACCORMICK, « Rhetoric and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 38-39; M. ROSENFELD, « The rule of law... », *op. cit.*, p. 1337-1346 (sur les systèmes de *common law*); S.D. SMITH, « The (Always) Imminent Death of the Law », *op. cit.*, p. 54; K. KRESS, « Legal Indeterminacy », *op. cit.*, p. 260; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 154; J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 847; S. RIALS, « L'office du juge », *op. cit.*, p. 10-11.

¹⁹²¹ Le juge CARDOZO reconnaissait que la majorité des cas qui lui avaient été soumis ne pouvaient raisonnablement être décidés que d'une seule manière: « Of the cases that come before the court in which I sit, a majority, I think, could not, with semblance of reason, be decided in any way but one » (*The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.* p. 164). Même LLEWELLYN admettait que les précédents contraignent en partie le juge à exclure certaines hypothèses indéfendables (*The Bramble Bush*, *op. cit.*, p. 77 et 82). Sur le courant réaliste, voy. *supra*, n°s 260-266.

¹⁹²² J.L. COLEMAN et B. LEITER, « Determinacy, Objectivity, and Authority », *Penn. L. Rev.*, 1993, p. 582-585, spéc. p. 582. Selon Ch. YABLON « Indeed, much of what lawyers sell is their ability to predict the responses of legal institutions based (at least in part) on their ability to analyze doctrinal materials » (« The Indeterminacy of the Law... », *op. cit.*, p. 918). Ironique, BENTHAM considérait qu'il valait mieux demander à un astrologue, moins onéreux, qu'à un avocat de prévoir ce qu'un juge allait décider sur la base de ce qu'il avait décidé précédemment (« The Book of Fallacies », in *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimbourg, 1838-1843, vol. II, L. VIII, p. 396). Voy. aussi les phénomènes d'incrémentalisme et de « *path dependence* » (*supra*, n° 333), qui, par leur attachement aux précédents, procurent une certaine prévisibilité, même si elle est loin de celle espérée par les théories formalistes.

visé, selon eux, la « situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère ». Il s'agit d'une contrainte « produite par le droit » mais qui « doit être perçue comme une contrainte de fait », dès lors qu'elle est relative à des faits qui sont des éléments du système juridique¹⁹²³. Il en va ainsi des juridictions qui, dans les systèmes où les précédents n'ont pas de force obligatoire, sont contraintes par leur propre jurisprudence¹⁹²⁴.

428. — D'autres auteurs insistent sur la distinction, empruntée à l'épistémologie des sciences, entre découverte et justification. L'éventuelle

¹⁹²³ V. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), L.G.D.J.-Bruylant, Paris-Bruxelles, 2005, p. 11-12 et 21. Voy. également V. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER, « Introduction », in *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 1-7. Pour une critique de cette théorie, voy. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 505. On se souviendra également de la théorie de Weber relative à l'impact causal du droit sur le comportement (*supra*, n° 249). Selon P. BRUNET, le débat de l'applicabilité de la logique au droit « n'est rien d'autre que celui de la causalité en droit, problème que l'on peut poser en ces termes : comment contraindre les organes juridiques à prendre les décisions que l'on attend d'eux ou, pour le dire autrement, comment faire en sorte que les normes juridiques opèrent comme des impératifs hypothétiques ou des lois scientifiques, c'est-à-dire des lois causales ? » (« Irrationalisme et anti-formalisme... », *op. cit.*, p. 213). Le même auteur écrit encore, avec V. Champeil-Desplats, que la théorie des contraintes juridiques « a donc pour objet de trouver des facteurs explicatifs de la production des normes juridiques, c'est-à-dire de rechercher vraisemblablement pourquoi et comment les acteurs du droit ont décidé comme ils l'ont fait et non autrement... elle n'est nullement concernée par la démarche prédictive qui constitue la marque de fabrique des théories réalistes du droit » (« La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », in *Les sources du droit revisitées*, *op. cit.*, vol. 4, p. 394).

¹⁹²⁴ Dans un sens comparable, O.M. FISS considère qu'il existe des normes et conventions qui définissent et constituent la profession des juges, et qui contraignent – sans les déterminer – les jugements qu'ils prononcent (« The Death of the Law », *op. cit.*, p. 11). Plus radical, S. Fish estime qu'il n'est pas nécessaire de s'inquiéter de l'efficacité des contraintes extérieures afin de limiter la subjectivité du juge dès lors qu'il a déjà internalisé les hypothèses et catégories de la pratique juridique. Par conséquent, il ne peut faire autrement que percevoir les textes et situations juridiques avec les yeux du praticien informé, situé, et les significations qui lui sont disponibles ont été présélectionnées par sa formation professionnelle. Être un juge, écrit Fish, c'est être devenu une extension du « savoir-faire » (*know-how*) qui donnent aux règles leur signification (S. FISH, « Fish v. Fiss », *Stan. L. Rev.*, 1984, p. 1328-1345).

subjectivité, voire l'irrationalité qui peut présider à la découverte par le scientifique ou l'inventeur est compensée par l'objectivité de la justification subséquente, qui est soumise à la communauté des chercheurs. Quelle que soit la façon dont le juge parvient à sa décision, il sera tenu de la motiver rationnellement selon les critères acceptés par la communauté des juristes¹⁹²⁵.

429. — Enfin, au niveau de l'interprétation, il apparaît que les points de vue dégagés par Umberto Eco (*intentio auctoris, lectoris et operis*), qui nous ont amené à condamner toute conception mécaniste du droit¹⁹²⁶, constituent autant de contraintes limitant le champ des possibles qu'ils ont contribué à ouvrir. S'ils ne conduisent pas nécessairement à une interprétation unique, ils permettent néanmoins de « raréfier les interprétations considérées comme acceptables dans les milieux juridiques¹⁹²⁷ ». L'érudit romancier italien estime, par exemple, qu'il faut admettre que les énoncés ont un « sens littéral », aussi controversé soit-il, qui représente le point de départ de l'interprétation mais également sa limite : « Tout acte de liberté du lecteur vient *après* et non *avant* l'application de cette restriction ». Il propose donc d'adopter une « sorte de principe poppérien » d'invalidation des mauvaises interprétations¹⁹²⁸. En d'autres termes, une première lecture d'un texte juridique permet à tout le moins, en se tenant à une approche littérale, d'éliminer un certain nombre de significations qui sont irréconciliables avec le sens de ce texte¹⁹²⁹. En ce qui concerne l'*intentio operis*, le juge tend à être attentif au contexte général dans lequel s'inscrit sa décision, et qui est toujours

¹⁹²⁵ M.P. GOLDING, « Discovery and Justification in Science and Law », in *Theory of Legal Science*, A. Peczenik, L. Lindahl et B. Van Roermund (eds), Reidel Publishing Company, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, p. 297-304. Ces critères comprennent notamment un certain nombre de contraintes liées à l'argumentation (sur la question, voy. N. MACCORMICK, « Rhetoric and the Rule of Law », *op. cit.*, p. 169-172). Dans une veine comparable, Hart imputait déjà l'erreur sceptique, consistant à dénoncer l'absence de règles liant les tribunaux, au fait de ne pas avoir perçu qu'une action est souvent exécutée conformément à des règles mais sans passer par la médiation consciente d'un calcul effectué à la lumière de celles-ci (*Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 158-160).

¹⁹²⁶ Voy. *supra*, n^{os} 311 à 338.

¹⁹²⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 407. Selon eux, l'interprétation « fait surgir un sens à la fois nouveau et pourtant prévisible » (*ibid.*, p. 410).

¹⁹²⁸ U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 12 et 43.

¹⁹²⁹ L'interprétation *contra legem* s'inscrit en faux par rapport à cette contrainte.

le successeur d'une tradition juridique qui le précède et le précurseur d'un monde juridique qui le suit¹⁹³⁰.

430. — En résumé, la doctrine s'accorde généralement sur le fait que, si le processus juridictionnel est indissociable d'une certaine discrétion, cela ne signifie pas pour autant qu'il doit être taxé d'arbitraire, la fonction de juger se présentant plutôt dans une « tension dialectique » entre « contrainte et liberté, subordination et autonomie¹⁹³¹ ».

431. — Dans le cadre d'une conception interactionnelle du droit et de la logique fiduciaire de la sécurité juridique, on peut former l'hypothèse selon laquelle un certain nombre de ces éléments fonctionnent comme contraintes dans le chef des juges parce qu'ils partagent la conviction – le cas échéant inconsciente – que la confiance dans le système doit être maintenue. Le motif qui les pousse à respecter globalement cette exigence (sens moral, souci d'effectivité ou de légitimité, volonté de garder leurs prérogatives, voire même l'habitude) importe finalement peu dès lors que l'obligation est, en général, respectée¹⁹³². Et pour cause, ce qui fait la force du pouvoir juridictionnel, ce n'est pas seulement son

¹⁹³⁰ On retrouve en ce sens l'importance accordée par Gadamer à la tradition et aux pré-compréhensions de l'interprète (*Vérité et méthode*, *op. cit.*, p. 511). Selon A. PAPAUX, l'exigence de transmission, qui est au cœur de l'herméneutique gadamérienne, « fournit un certain nombre de limites à l'interprétation du texte et pré-munit par là même le justiciable contre l'arbitraire du juge » (*Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 168). HABERMAS relativise la complexité de la tâche du juge qui est « réduite par la *compréhension juridique* qui est, selon le moment, *celle du paradigme dominant* » (*Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 241-244). A.-L. VALEMBOIS relève que les normes de la morale, de la justice, les jugements de valeur sociaux, les lois de la syntaxe, de la sémantique ou le pragmatisme sont autant de « normes non juridiques » qui encadrent le travail du juge et « sont en ceci facteur de sécurité juridique, car elles favorisent la prévision par les intéressés de l'interprétation des normes juridiques, en obligeant l'interprète à « coller » au texte qui lui est soumis » (*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 83).

¹⁹³¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Le juge entre ordre et désordre », *op. cit.*, p. 472; ID., *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 98. Ces auteurs écrivent également que le système qui se dégage de l'intervention quotidienne du juge « semble contenir dès lors autant d'éléments de détermination, gages de sécurité juridique (ou d'immobilisme selon certains), que d'indétermination, gages d'adaptation (ou d'insécurité, selon d'autres) » (*Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 134). Dans le même sens, voy. A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 171; « Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle », *op. cit.*, p. 37.

¹⁹³² En ce sens, A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 506.

indépendance mais également sa crédibilité. Celle-ci exige que, comme organes de la structure étatique ou européenne, les juges se sentent tenus à une obligation de loyauté envers le système et de bonne foi à l'égard des sujets de droit¹⁹³³. Comme le relevait Hart, les sujets de droit ne se risqueront à faire des « prédictions » sur l'issue juridictionnelle que parce qu'ils ont la conviction que les cours et tribunaux se considèrent comme étant tenus par les règles de droit. Il est vrai que, dans la plupart des cas, les juges vont éviter d'interpréter ces règles d'une façon totalement inattendue et F. Ost a raison d'écrire que les « interprétations de «mauvaise foi», celles qui déjouent la confiance, restent, à tous égards, moins pertinentes, moins recevables que les autres¹⁹³⁴ ». Dans le même sens, Fuller estime que le juge doit garder à l'esprit que la perception de ses standards d'interprétation est de nature à créer des attentes dans le chef de ceux qu'ils affectent et qu'un changement soudain de ses standards risque de porter atteinte à leurs attentes¹⁹³⁵.

S'il veut convaincre, le juge doit donc accepter de prendre suffisamment en considération les intérêts en jeu dans le débat qui se noue devant lui et les attentes légitimement formées par les parties sur la base du droit accessible¹⁹³⁶. A nouveau, la volonté de respecter la confiance des sujets de droit permet de justifier la loyauté juridictionnelle envers le passé et la prise en compte du futur, qui se marque dans l'attachement aux précédents ainsi que dans l'utilisation du droit transitoire jurisprudentiel¹⁹³⁷. En reprenant la terminologie de Luhmann, il est possible

¹⁹³³ A.C. HUTCHINSON estime qu'il existe une contrainte de bonne foi qui pèse sur les juges (« The Rule of Law Revisited... », *op. cit.*, p. 215). T. KOOPMANS propose de se référer au droit comme étant ce envers quoi les juges doivent se montrer fidèles (« should be faithful to ») (« Retrospectivity Reconsidered », *op. cit.*, p. 298). Du reste, les juridictions de l'Union veilleront également à tenir compte de la confiance des autres institutions (en respectant notamment l'équilibre institutionnel) et des États membres.

¹⁹³⁴ F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 124-125.

¹⁹³⁵ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 91 et 231.

¹⁹³⁶ Comme le relève J. LENOBLE, afin que la décision produise ses effets « dans le réel social », il faut notamment qu'il existe une « «confiance» majoritaire et suffisamment homogène du groupe social dans le pouvoir du juge à se présenter comme l'organe du "sens commun" » (« La question de l'application en droit... », *op. cit.*, p. 352-357). On se souviendra que la Cour étend l'emprise du principe de sécurité juridique à l'exécution de ses propres arrêts (*supra*, n° 76).

¹⁹³⁷ L'arrêt *Église catholique de la Canée* de la Cour européenne de droits de l'homme évoque ces précédents auxquels le justiciable a pu « légitimement se fier » (voy. *supra*, note n° 1637). On se souvient par ailleurs que l'argument le plus souvent évoqué en faveur du droit transitoire jurisprudentiel est la volonté de protéger la

d'affirmer que les juridictions tendent à rester fidèles à leur autoprésentation. Celle-ci n'exclut pas le changement mais vise à l'encadrer de façon à limiter l'effet de surprise à l'égard des justiciables. Le respect de la confiance future ressort de la prise de conscience par la juridiction de la capacité de ses décisions à faire jurisprudence, et donc de susciter la formation de nouvelles attentes.

432. — Il ne faut cependant pas se méprendre sur la certitude que la confiance peut offrir. Elle ne va pas systématiquement entraîner la « bonne réponse » que postule Dworkin¹⁹³⁸ mais seulement limiter le champ des possibles juridictionnels¹⁹³⁹. Si elle permettra le plus souvent d'expliquer *a posteriori* la solution adoptée par une juridiction, elle ne pourra pas garantir celle-ci *a priori*. Comme l'écrit Luhmann, la confiance est bien une forme « d'absorption de l'incertitude » mais elle ne constitue pas « une prédiction dont l'exactitude pourrait être mesurée à partir de l'occurrence de l'événement prédit et qui, sur la base d'un certain nombre d'expériences, pourrait être ramenée à une valeur de probabilité¹⁹⁴⁰ ». On se souvient que, selon le sociologue, la confiance systémique permet un apprentissage et une acceptation de la contingence propre à toute activité humaine. Elle prend acte du fait qu'une décision aurait pu être autre que ce qu'elle est. Plutôt que de

confiance que les justiciables ont pu investir dans la règle remise en cause (voy. *supra*, n° 330).

¹⁹³⁸ Voy. *supra*, n° 275. Il est possible de déterminer des issues acceptables d'un jugement, à défaut d'une réponse unique : « For while the judge's conclusion cannot be shown to be uniquely correct, it can at least be shown to be reasonable » (M.P. GOLDING, « Discovery and Justification... », *op. cit.*, p. 297).

¹⁹³⁹ Dans un sens comparable, A. PAPAUX privilégie à une « sécurité juridique formelle », qui cherche à prédire en « instaurant des cadres, des formes, sachant pourtant que la vie du droit maintes et maintes fois leur échappera », une « sécurité juridique relationnelle » qui propose des « matrices se contentant, par souci de finitude humaine, de guider les actions futures, trop consciente de la contingence frappant toute praxis ». Il écrit encore : « En apprivoisant le contexte, en rendant "familière", attendue, l'inférence qu'y suivra le juriste, cette sécurité juridique n'abandonne pas la prévisibilité comme telle mais la replace dans le seul monde que connaissent les juristes et tous les acteurs du droit : la contingence. On ne saurait en attendre plus que de la vraisemblance » (« Sécurité juridique formelle v. Sécurité juridique relationnelle », *op. cit.*, p. 37 et 53).

¹⁹⁴⁰ N. LUHMANN, *La confiance*, *op. cit.*, p. 104. Là où la « maîtrise instrumentale des événements [...] peut être garantie, la confiance est inutile » (*ibid.*, p. 16-17). G. SIMMEL écrivait déjà, en 1907 : « Celui qui sait tout n'a pas besoin de faire confiance, celui qui ne sait rien ne peut raisonnablement pas faire confiance. » (*Sociologie*, *op. cit.*, p. 356).

déplorer cette situation, Luhmann constate que les attentes incertaines sont plus stables que les attentes certaines car elles résistent davantage à la déception¹⁹⁴¹. En d'autres termes, les attentes des sujets de droit qui acceptent de s'inscrire dans le paradigme de la confiance plutôt que dans celui de la certitude cartésienne ont l'avantage d'intégrer le risque de la déception.

433. — L'ordre juridique de l'Union a peu à peu établi ses fondements, de sorte qu'il existe aujourd'hui une tradition juridique européenne qui restreint la marge de manœuvre des juridictions de l'Union¹⁹⁴². Si les langues et les traditions sont multiples, l'écoulement de plus de cinquante années de jurisprudence a entraîné la création d'une langue juridique propre à l'Union, qui est connue de ses spécialistes¹⁹⁴³. La liberté des juges n'est donc pas entière mais se trouve encadrée par le corpus normatif qui leur préexiste. Ce dernier était essentiellement constitué, dans les premières années de l'Union, par les traités et par les droits nationaux. Il est aujourd'hui enrichi par l'abondante jurisprudence de la Cour, qui est traversée par une réelle quête de cohérence¹⁹⁴⁴.

434. — Comme l'écrit de façon imagée un acteur privilégié de la scène européenne, le juge de l'Union ressemble à un « chef d'orchestre exécutant une partition très annotée¹⁹⁴⁵ ». Or, cette partition a été communiquée aux spectateurs et, malgré toute la *maestria* qu'on espère de

¹⁹⁴¹ N. LUHMANN, *La confiance*, op. cit., p. 92-93. Dans ce sens, voy. les écrits de Llewellyn (*supra*, n° 263).

¹⁹⁴² M. Maduro confirme que la Cour est soumise à des contraintes d'ordre méthodologique (méthodes d'interprétation, canons du raisonnement pratique et attachement à ses précédents) et institutionnel (comme acteur parmi d'autres) dans l'ordre juridique de l'Union (« Interpreting European Law [] », op. cit., p. 12-15).

¹⁹⁴³ C. SUNSTEIN évoque les « background understandings » des juristes qui n'empêchent pas, au contraire, la fidélité à la règle (*Legal reasoning and political conflict*, op. cit., p. 122-123). Selon A. GARAPON, le droit de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice « jettent les bases d'une culture commune qui permet aux différentes cultures de communiquer entre elles et même de s'émanciper d'une trop grande emprise étatique » (*Le gardien des promesses*, op. cit., p. 39). Sur le mythe ou les dangers d'une langue européenne unique, voy. cependant F. OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, 2009, p. 362-375.

¹⁹⁴⁴ D. Simon estime que le développement des principes généraux de droit par la Cour de justice « s'intègre dans une véritable stratégie jurisprudentielle », structurant sa « recherche progressive d'une architecture cohérente » sur le modèle d'« une Communauté de droit » autour de deux axes : le droit au juge et le droit au droit (« Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? », op. cit., p. 75-82).

¹⁹⁴⁵ J.-P. PUISOCHET, « Des traités et des juges... », op. cit., p. 305.

l'artiste, on attend de lui qu'il reste fidèle aux notes. Tant les autorités européennes¹⁹⁴⁶ que la Cour de justice¹⁹⁴⁷ insistent du reste sur l'importance de la confiance au sein de l'Union. Elle est indispensable pour que les juridictions nationales acceptent de jouer le « jeu préjudiciel » et, plus fondamentalement, elle est à la base du contrat social européen. Avant d'en aborder les modalités, il convient cependant de revenir sur la distinction entre logique politique et subjective de la sécurité juridique.

Section 2. — Une distinction en question

435. — L'opposition entre logique politique et subjective de la sécurité juridique nous a accompagné tout au long de notre recherche. La première mobilise les exigences du principe dans l'intérêt du Prince et la seconde afin de protéger les particuliers. Cependant, tant les spécificités de l'ordre juridique de l'Union (A) que, plus fondamentalement, les exigences démocratiques (B) nous contraignent à adopter une conception plus dialectique de la relation entre ces deux logiques (C).

A. Un ordre juridique aux acteurs multiples

436. — Cette distinction rencontre un premier obstacle en raison du caractère multiniveaux de l'ordre juridique de l'Union européenne. Dans ce système, on ne peut simplement opposer le prince et les sujets de droit dans la mesure où les États membres sont tantôt des autorités européennes, responsables de l'adoption, de la transposition ou

¹⁹⁴⁶ « Le livre blanc sur la gouvernance » regrette la perte de confiance (le terme est utilisé dix fois dans le document) dans les institutions européennes, la nécessité de la rétablir, de l'accroître ou de la renforcer : « Les institutions devraient fonctionner de façon plus transparente. [...] Elles devraient employer un langage accessible et compréhensible par le grand public. Cela revêt une importance particulière pour améliorer la confiance dans des institutions complexes » (« Livre blanc », p. 12). I. PERNICE relève que, ce qui permet au système européen de fonctionner c'est la réciprocité de la confiance mutuelle entre citoyens et États membres (« *Costa v Enel and Simmenthal* », *op. cit.*, p. 49). On peut également évoquer l'importance de la « confiance mutuelle » dans les instruments de coopération en matière de justice pénale.

¹⁹⁴⁷ Dans son avis n° 1/75 du 11 novembre 1975, la Cour attirait l'attention sur le risque d'« ébranler les rapports de confiance à l'intérieur de la Communauté » (*Rec.* p. 1355).

de l'exécution du droit de l'Union, et tantôt des sujets de cet ordre juridique international. Dans de nombreux arrêts, les juridictions européennes ont ainsi jugé que les États membres pouvaient se prévaloir du principe de sécurité juridique, afin notamment d'obtenir des limitations dans le temps des effets des arrêts ou de justifier la fixation de délais de forclusion et de prescription opposables aux particuliers¹⁹⁴⁸. Le plaider en faveur de la logique subjective de la sécurité juridique en lieu et place de sa logique politique viendrait ainsi s'échouer sur cette réalité qui échappe à la distinction simpliste opérée par nos soins. Nous verrons cependant qu'il est possible de maintenir cette distinction, tout en procédant à certains ajustements et en prenant acte des obstacles éventuels qu'elle sera susceptible de rencontrer. Commençons par les deux cas de figure les plus simples.

437. — Dans le premier cas, les États agissent en tant qu'autorités de l'Union européenne. Transposant une directive ou exécutant les prescriptions d'un règlement, ils ne sont que la prolongation des institutions européennes. A ce titre, et même lorsqu'ils intègrent l'intérêt étatique dans leur mission, ils peuvent être assimilés au Prince de Machiavel¹⁹⁴⁹. Nous plaçons alors pour que *l'argument* de la sécurité juridique ne puisse être mis au service de l'autorité (logique politique) ou, à tout le moins, qu'il ne puisse prévaloir sur l'argument de sécurité juridique mobilisé par les sujets de droit (logique subjective)¹⁹⁵⁰. Il en va notamment ainsi lorsque les États membres opposent un délai de prescription à un particulier qui invoque à leur encontre des droits qu'il tire du droit de l'Union alors qu'il n'a pas été mis en mesure de prendre connaissance de ce délai ou de le respecter. Dans ce cas, l'argument étatique de la sécurité juridique ne devrait pouvoir être mobilisé afin de faire échec à celui soulevé, de bonne foi, par le particulier. Telle est

¹⁹⁴⁸ Voy. notamment C.J.U.E., 26 mai 1982, Allemagne/Commission, aff. 44/81, pt 16; 15 décembre 1987, Pays-Bas/Commission, aff. 237/86, pt 20; 22 février 1989, Commission/France et Royaume-Uni, aff. jtes 92 et 93/87; 13 mars 1990, Commission/France, C-30/89, pt 23; T.U.E., 12 mai 1999, Moccia Irme e.a., aff. jtes T-164/96-T-167/96, T-122/97 et T-130/97, pt 249; C.J.U.E., 15 février 2001, Commission/France, C-230/99, pts 31-34; T.U.E., 30 avril 2007, Württemberg AG, T-387/04, pts 116-117. Il en va parfois de même du principe de confiance légitime (C.J.U.E., 1^{er} octobre 1987, Royaume-Uni/Commission, aff. 84/85, pts 23-26).

¹⁹⁴⁹ Sous la réserve de ce qui sera dit ci-après sur l'enjeu démocratique.

¹⁹⁵⁰ Cela ne signifie pas, répétons-le, que l'intérêt de l'Union ne puisse prévaloir sur l'intérêt individuel. Nous nous situons ici sur le plan de la motivation (voy. *infra*, n° 485).

du reste la position de la Cour qui, il faut en être conscient, veille au moins autant à assurer l'effectivité du droit de l'Union qu'à garantir la logique subjective de la sécurité juridique¹⁹⁵¹. Dans le même sens, on se souvient que la Cour avait jugé, dans son arrêt *Emmott*, qu'un État membre ne pouvait invoquer la tardiveté d'une action judiciaire introduite par un particulier sur la base de dispositions d'une directive à défaut d'avoir transposé celle-ci¹⁹⁵². Le raisonnement de la Cour reposait explicitement sur le fait que, tant que la directive n'avait pas été correctement transposée en droit national, les justiciables n'étaient pas en mesure de connaître la plénitude de leurs droits¹⁹⁵³. Cette intervention dans le principe de l'autonomie procédurale des États ne fut cependant guère appréciée, particulièrement dans le climat d'euro-scepticisme entourant l'adoption ultérieure du traité de Maastricht¹⁹⁵⁴. On l'a vu, la Cour est revenue à de nombreuses reprises sur ce principe, considérant que le droit de l'Union « n'interdit pas à un État membre qui n'a pas correctement transposé la directive [...] d'opposer aux actions en remboursement de droits perçus en violation de cette directive un délai national de forclusion », la fixation d'un tel délai se justifiant « dans l'intérêt de la sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés¹⁹⁵⁵ ». Outre le fait qu'il est difficile de percevoir l'intérêt du contribuable forclos, cette marche arrière en termes de logique subjective de la sécurité juridique est peu compatible avec le maintien par la Cour de sa jurisprudence relative à l'effet direct des directives. Certes, depuis le traité de Maastricht, entré en vigueur peu après l'arrêt *Emmott*, toutes les directives doivent être publiées au *Journal officiel*, ce qui favorise leur accessibilité¹⁹⁵⁶. Cette

¹⁹⁵¹ Sur cette jurisprudence, voy. *infra*, n° 499.

¹⁹⁵² Voy. *supra*, n° 140.

¹⁹⁵³ Selon la Cour, « (s)eule la transposition correcte de la directive mettra fin à cet état d'incertitude et ce n'est qu'au moment de cette transposition qu'est créée la sécurité juridique nécessaire pour exiger des justiciables qu'ils fassent valoir leurs droits » (25 juillet 1991, *Emmott*, C-208/90, pt 22). Pour l'avocat général Mischo, « le principe que « nul n'est censé ignorer la loi » ne saurait être opposé aux particuliers s'agissant d'une directive non encore transposée » dès lors que celle-ci « ne lie que l'État membre; elle n'est pas adressée aux particuliers » (ses concl. dans l'aff. *Emmott*, pt 26).

¹⁹⁵⁴ Voy. *supra*, n° 350.

¹⁹⁵⁵ C.J.U.E., 17 juin 2004, *Recheio*, C-30/02, pts 18 et 23. Voy. la jurisprudence citée *supra*, n° 140.

¹⁹⁵⁶ Dans l'arrêt *Emmott*, la directive avait été publiée mais cela n'était pas suffisant pour l'avocat général Mischo car ce type de publication « est fondamentalement

concession à l'autonomie procédurale des États n'en demeure pas moins regrettable dans une conception interactionnelle du droit considérée du point de vue de la relation entre particuliers et États membres¹⁹⁵⁷. Elle tend en effet à faire d'un avantage reconnu aux particuliers contre les États membres manquant de diligence (effet direct vertical des directives non correctement transposées), un désavantage pour ceux qui ne procèdent pas à une analyse minutieuse de ces directives, profitant aux États membres négligents qui ont néanmoins prévu un délai national de forclusion¹⁹⁵⁸.

438. — Dans le second cas, l'État membre endosse son costume de sujet de droit, comme lorsqu'il conteste un acte de l'Union par la voie du recours en annulation. Il nous semble alors qu'il devrait, à ce titre, pouvoir bénéficier de la logique subjective de la sécurité juridique et que l'argument de la sécurité juridique ne devrait pas être utilisé afin d'y faire échec dans l'intérêt de l'Union (logique politique). On peut rappeler à cet égard l'arrêt du 6 juillet 1971, dans lequel la Cour de justice a, contre l'avis de son avocat général et en l'absence de tout délai de prescription prévu dans le traité CECA, jugé irrecevable un recours introduit par l'État hollandais en se fondant sur les exigences de la sécurité juridique¹⁹⁵⁹. En procédant de la sorte, elle a clairement ignoré le droit de l'État membre à avoir connaissance à l'avance d'un délai pouvant aboutir à la forclusion de son action.

439. — Il va de soi que ces rôles ne peuvent pas toujours être aussi aisément distingués. Lorsqu'un État fait l'objet d'un recours en manquement intenté par la Commission européenne, il se retrouve devant la Cour comme *sujet de droit*, mais parce qu'il a manqué à ses obligations en tant qu'*autorité* de l'Union européenne. La question se complique encore lorsque l'État se retrouve dans une position de sujet de droit

différente de celle dont font l'objet les actes obligatoires pour les particuliers [...] Il ne s'agit pas d'une « publication légale », ayant des effets juridiques, comme dans le cas des règlements, mais uniquement d'une publication pour information » (ses concl. dans l'aff. Emmott, pt 27).

¹⁹⁵⁷ Voy. dans le même sens N. NOTARO, « Case-Law », *C.M.L.R.*, 1998, p. 1394 (« The need to guarantee legal certainty and financial equilibrium for Member States should not prevail over the legal certainty for the victims of a violation of Community law and, more generally, over equity considerations »).

¹⁹⁵⁸ Ce type de renversement avait également sévi dans la jurisprudence *TWD* (*supra*, n° 58).

¹⁹⁵⁹ Voy. *supra*, n° 138.

dans un litige impliquant un particulier. Prenons l'hypothèse de l'introduction tardive, par un État membre, d'un recours pour lequel aucun délai n'est prévu et ce, contre un acte qui a des effets juridiques positifs pour un sujet de droit. Faut-il privilégier la logique subjective de l'État relative à l'absence de délai connu ou celle qui exige le respect d'un délai raisonnable afin d'éviter la remise en cause des actes ou des situations après l'écoulement d'une certaine période? Eu égard au caractère spécifique de leur statut de sujet de droit, il nous paraît que l'éventuelle participation de l'État membre à l'adoption de l'acte contesté ou sa responsabilité dans l'existence d'une lacune devrait peser en faveur du particulier dans la balance d'intérêts à effectuer par la juridiction saisie¹⁹⁶⁰. Dans l'exemple qui précède, on pourrait ainsi considérer que l'absence de délai dans un règlement peut être imputé à l'État qui n'a pas été suffisamment diligent lors de son adoption et que, par conséquent, il se trouve dans une situation différente de celle des autres sujets de droit¹⁹⁶¹. La Cour de justice a pu ainsi juger que « le principe de la confiance légitime ne saurait être invoqué par un gouvernement pour échapper aux conséquences d'une décision de la Cour constatant l'invalidité d'un acte communautaire, car il remettrait en cause la possibilité pour les particuliers d'être protégés contre un comportement des pouvoirs publics qui aurait pour fondement des règles illégales¹⁹⁶² ». De telles situations mettent cependant en lumière le caractère *a priori* indécidable de tout conflit de logiques subjectives de la sécurité juridique. On l'a vu, l'imprévisibilité de l'instance juridictionnelle, conçue comme un « événement » potentiel, plaide contre la prédétermination de la solution à adopter dans ce type de configuration¹⁹⁶³.

440. — S'il n'invalide pas la distinction entre logiques politique et subjective, le statut particulier des États membres est de nature à rendre plus complexe la thèse de la prévalence de la seconde sur la première.

¹⁹⁶⁰ Plus radical, P. REUTER considère que les États « ne sont ni politiquement, ni juridiquement de purs sujets des Communautés » et que « leur situation n'est pas assimilable à celle des agents ou des entreprises » (« Le recours de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 283).

¹⁹⁶¹ La question pourrait se compliquer dans le cas, d'école, où l'État membre aurait proposé un délai refusé par d'autres États membres dans une procédure n'exigeant pas l'unanimité.

¹⁹⁶² C.J.U.E., 19 septembre 2000, Ampafrance e.a., aff. jtes C-177/99 et C-181/99, pt 67.

¹⁹⁶³ Voy. *supra*, notamment n° 399.

Il existe cependant un obstacle plus fondamental à cette distinction, qui provient du postulat démocratique.

B. L'idéal démocratique

441. — Avec l'avènement de la démocratie moderne, la distinction entre le prince et ses sujets perd quelque peu de sa clarté manichéenne¹⁹⁶⁴. Selon les idéaux démocratiques promus par les lumières, les élus représentent la volonté générale. Si la nation est souveraine, ne s'identifie-t-elle pas au prince ? Dans ce cas, et même si on accepte l'idée de Rousseau selon laquelle la volonté générale n'est pas que l'aggrégat des volontés individuelles, le fait de concevoir la sécurité juridique comme un outil au service de la collectivité n'est-il pas aussi légitime que de défendre sa logique subjective ? Si on reste sur le plan des idéaux, sans doute. Si on décide d'aller plus loin, cette position doit être nuancée et soulève à nouveau la problématique de la légitimité. Selon Luhmann, la notion de légitimité comme concept juridique trouve ses racines au Moyen-Âge, où elle était liée à la règle locale et servait de défense contre l'usurpation illégale et les tyrannies¹⁹⁶⁵. Il n'est donc guère surprenant de constater le lien étroit qu'elle entretient avec le principe moderne de légalité dont on a pu observer des racines dans la conception médiévale de soumission du prince aux lois du peuple¹⁹⁶⁶. Cette alliance va se renforcer aux XVIII^e et XIX^e siècles, particulièrement suite à l'hibernation du droit naturel et au développement des idéaux démocratiques, au point d'entraîner la quasi-identification des notions¹⁹⁶⁷. Au début du siècle passé, Weber écrivait ainsi que « la forme de légitimité actuellement la plus courante » consistait « dans la croyance en la *légalité*,

¹⁹⁶⁴ Nous l'avions déjà évoqué dans la conclusion de notre deuxième partie (voy. *supra*, n° 300).

¹⁹⁶⁵ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁹⁶⁶ Voy. *supra*, n° 171. L. Israël relève que, d'un point de vue étymologique, légalité et légitimité sont des synonymes et signifient « la conformité à la loi » (*L'arme du droit*, *op. cit.*, p. 92).

¹⁹⁶⁷ Habermas explique ainsi « l'émergence paradoxale de la légitimité à partir de la légalité » par le fait que les lois tirent leur légitimité d'une procédure législative s'appuyant sur le principe de la souveraineté du peuple (*Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 98). Selon Luhmann, la notion disparaît au XIX^e siècle pour réapparaître aujourd'hui comme reconstruction de la simple facticité de la règle politique en une conviction dans la validité du droit ou de principes et valeurs sur lequel le droit est fondé (*A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 199).

c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et établis selon la procédure d'usage¹⁹⁶⁸ ». Ce modèle, qui se trouve au cœur des théories positivistes, a dominé le siècle dernier et continue, dans une large mesure, à prévaloir dans les ordres juridiques occidentaux, à tout le moins sur le continent¹⁹⁶⁹. La légitimité du modèle étatique résidait notamment dans sa perception comme principe d'ordre et de cohésion sociale, censé exprimer « l'intérêt général » par rapport aux « intérêts particuliers » de la société civile. Dès lors que la démocratie postule la souveraineté du peuple, dont les membres sont en même temps auteurs et destinataires de la norme¹⁹⁷⁰, il devient moins évident d'opposer les logiques politique et subjective de la sécurité juridique.

442. — Les événements de la première moitié du XX^e siècle ont cependant montré les limites d'une conception purement formelle de l'État de droit et l'avènement de l'État-providence a exposé l'appareil étatique à la critique. Il a peu à peu perdu le monopole de l'intérêt général, à la base duquel on peut désormais identifier les intérêts particuliers des individus et des groupes d'intérêts. Le développement des droits de l'homme renforce l'idée, déjà présente dans les pays de *common law*, que l'État n'est pas seulement une protection mais peut aussi constituer une menace pour les individus¹⁹⁷¹. Poursuivant la réflexion,

¹⁹⁶⁸ M. WEBER, *Economie et société*, t. 1, *op. cit.*, p. 36-37. Dans le même sens, Kelsen définit le principe de légitimité comme le principe selon lequel « les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre » (*Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 209).

¹⁹⁶⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 337-338. Dans le même sens, voy. L. ISRAËL, *L'arme du droit*, *op. cit.*, p. 94. Il définit le terme de légitimité comme étant « le domaine de validité accordé au droit et à la justice sur le plan politique » (*Ibid.*, p. 92).

¹⁹⁷⁰ P. MOOR relève qu'avec la conjonction des deux personnes, le citoyen et l'administré, dans l'entité unique du sujet de droit, l'autorité a alors pour charge « de répéter le droit » de sorte qu'« il n'y a pas de différence entre ce que les citoyens adoptent – contenu dans la loi – et ce que les administrés subissent – répété dans le jugement » (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 56). Selon HABERMAS, « (l) a co-originarité de l'autonomie privée et de l'autonomie publique ne se manifeste que dès l'instant où nous déchiffrons au moyen de la théorie de la discussion cette figure de pensée qu'est l'autolégislation et en vertu de laquelle les destinataires sont en même temps les instigateurs de leurs droits » (*Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 120). On se souvient que Fuller jugeait incongrue l'expression de contrat social précisément pour cette raison (*supra*, n° 417).

¹⁹⁷¹ En ce sens, voy. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 20 et 70-71 ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 84-110. Dans une

Habermas considère que, dans une société de plus en plus pluraliste, la légitimité du droit repose en fin de compte sur un « arrangement communicationnel » par lequel les « sociétés juridiques », en tant que participants à une discussion rationnelle, recherchent le consensus dans l'adoption de normes par des formes de communication dont les conditions sont fixées par le système des droits individuels¹⁹⁷². La légitimité tend ainsi à se détacher de son carcan positiviste pour s'identifier à une notion d'« acceptabilité » de la norme par son destinataire¹⁹⁷³. Surtout, elle apparaît comme le résultat d'un processus plutôt que comme une présomption irréfragable. L'intervention étatique dans le jeu social étant la source d'une confusion nouvelle, à tout le moins plus évidente qu'avant, entre intérêts publics et privés, sa légitimité n'est plus un blanc-seing du peuple mais se mérite et se construit au terme d'une procédure rigoureuse¹⁹⁷⁴. Le cas échéant, l'action des autorités

version plus radicale, les tenants de la *Public Choice Theory* soutiennent que le pouvoir législatif produit trop peu de lois qui servent vraiment des objectifs d'intérêt général et trop de lois qui poursuivent des fins privées. Ils considèrent la législation comme une transaction économique dans laquelle les groupes d'intérêts représentent la demande et les législateurs l'offre et dénoncent le fonctionnement de ce « marché législatif » qui tend à favoriser certains groupes sans contribuer au bien commun (W. N. ESKRIDGE, « Politics without romance: implications of public choice theory for statutory Interpretation », *Virginia L. Rev.*, 1988, p. 277 et 285). A. HUTCHINSON démontre, décisions à l'appui, que les notions d'intérêt public et d'intérêt privé peuvent souvent être utilisées de façon interchangeable (« Democracy and Determinacy... », *op. cit.*, p. 569). Sur la notion d'intérêt de l'Union, voy. *supra*, n^{os} 381-383.

¹⁹⁷² J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁹⁷³ En ce sens, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 325 et 337. Selon Luhmann : « The institutional aspect of legitimacy is lodged neither in a value deduction nor in the factual diffusion of conscious consensus, but in the *assumption of acceptance* [...] ; those decisions are legitimate where one can assume that any third parties expect normatively that the directly affected persons cognitively prepare themselves for what the decision-makers communicate as normative expectations » (*A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 201). J. WEILER distingue une légitimité formelle, qui implique que les exigences légales soient respectées lors de la création d'une institution ou d'un système (et qui s'apparente, sans s'y identifier, à la légalité) et une légitimité sociale, qui est empirique et requiert l'acceptation sociale du système (« The transformation of Europe », *op. cit.*, p. 80).

¹⁹⁷⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 105, 116 et 146 ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 115. B. MATHIEU relève que « l'utilisation par les juges du principe de sécurité juridique ou de son corollaire, la confiance légitime, marque l'idée selon laquelle le juge ne se considère plus seulement comme le garant du respect de la hiérarchie des normes juridiques et

peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, le juge ayant notamment pour mission de vérifier le respect des normes supérieures et du droit des minorités. L'intérêt de distinguer entre les logiques politique et subjective resurgit alors dans la faille potentielle qui existe dans l'équation entre l'intérêt jugé général et la somme, ou même la transcendance, des intérêts particuliers, ou encore entre la légitimité des prescriptions de la loi formelle et celle des attentes des particuliers, qualifiées le cas échéant de droits subjectifs. En d'autres termes, il est devenu possible de contester non seulement la qualification retenue par l'autorité de ce que constitue l'intérêt général, mais également son éventuel empiètement sur un intérêt individuel¹⁹⁷⁵.

443. — Ce raisonnement est, *a fortiori*, transposable à une structure institutionnelle comme l'Union européenne, dans laquelle la légitimité démocratique est plus précaire, surtout sous la forme d'un postulat *a priori* et *in abstracto*. Nul n'ignore l'influence au niveau européen des groupes de pression et lobbies divers, qui vient relativiser la critique qu'adresse Luhmann au contrat social¹⁹⁷⁶. Plus encore qu'au niveau national, il est important de faire une place à la distinction entre les intérêts en jeu, essentiellement ceux des individus, des États et de l'Union, qui sont davantage identifiables que le concept vague et ambigu d'« intérêt général¹⁹⁷⁷ ». La distinction entre les logiques politique et subjective du principe de sécurité juridique conserve donc du sens, dès lors qu'elle permet de différencier ces intérêts sous-jacents en mettant l'accent sur le bénéficiaire des exigences du principe. Surtout, elle met en lumière certains conflits internes au principe dont la résolution ne peut faire fi des questions de légitimité.

de la conformité des comportements individuels à ces normes, mais comme le garant d'un ordre social dont il maîtrise les évolutions et les adaptations et dans l'établissement duquel le législateur, comme l'administration, ne sont que des partenaires dont l'intervention n'est pas naturellement légitime » (« Réflexions en guise de conclusion... », *op. cit.*, p. 164). Selon A. Garapon, l'intérêt général « n'est plus l'apanage des serveurs de l'État et se déduit désormais de la rencontre d'intérêts divergents soutenus par des parties privées dans une enceinte de justice » (*Justice et démocratie*, *op. cit.*, p. 267).

¹⁹⁷⁵ Sur le plan procédural, cette démarche a été facilitée par l'avènement des juridictions constitutionnelles.

¹⁹⁷⁶ Voy. *supra*, n° 413.

¹⁹⁷⁷ Davantage identifiables, mais guère moins ambiguës (sur l'intérêt de l'Union, voy. *supra*, n°s 381-383).

On l'a vu, les juridictions de l'Union ne sont pas insensibles à ces enjeux. Outre la légitimité « classique » des juges nationaux, qui réside dans leur indépendance, leur impartialité et les garanties du procès équitable, les juges de Luxembourg ont tenu à jouer un rôle de compensation du déficit démocratique de la construction européenne, notamment en favorisant le développement des droits individuels de ses citoyens¹⁹⁷⁸. Si la Cour tient à conforter cette légitimité, il nous paraît donc qu'elle doit utiliser en priorité l'argument de la sécurité juridique dans sa logique subjective¹⁹⁷⁹. Or, elle a conservé la logique politique dans plusieurs de ses arrêts, ce qui explique un certain nombre des contradictions relevées dans la première partie de notre recherche¹⁹⁸⁰. Plusieurs auteurs ont pointé cette instrumentalisation de l'argument de sécurité juridique au service de l'Union¹⁹⁸¹ et il est frappant de

¹⁹⁷⁸ J. VAN COMPERNOLLE, « Conclusion. Le rôle du juge dans la cité... », *op. cit.*, p. 174. L. Azoulaï regrette cependant un décalage entre cette légitimité théorique de la Cour et les conditions pratiques de sa légitimation, eu égard aux conditions politiques de nomination et de renouvellement de ses membres (« La fabrication de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 157-158). J. WEILER estime que le fait que le mandat des juges soit renouvelable est susceptible de compromettre l'apparence de leur indépendance (« The transformation of Europe », *op. cit.*, p. 67). En ce sens, MADURO écrit : « It is important to note, at the outset, that the fact that courts benefit from a different legitimacy from the legitimacy of the political process does not mean that they benefit from a lower legitimacy. Judicial legitimacy flows from the legal document that attributes powers of judicial review over the acts of the political process to courts. If the idea is that courts legitimacy can never be opposed to that of the democratic legitimacy of the political process, then the idea of judicial review is itself under attack. » (« Interpreting European Law... », *op. cit.*, p. 8). Sur le sujet du déficit démocratique de l'Union, voy. M.P. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 114-121 ; J.H.H. WEILER, « The transformation of Europe », *op. cit.*, p. 37-38 et 77-78.

¹⁹⁷⁹ Plusieurs auteurs estiment qu'une des premières fonctions des principes généraux est la protection des particuliers contre les pouvoirs publics (J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC law*, *op. cit.*, p. 49-50 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 549 ; A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 268). Selon MADURO, une des étapes importantes pour assurer la légitimité de la Communauté est d'effectuer une « subjectivation » de l'interprétation des traités, c'est-à-dire passer du point de vue étatique au point de vue des individus (*We The Court*, *op. cit.*, 9).

¹⁹⁸⁰ Voy. *supra*, n° 301.

¹⁹⁸¹ Voy. notamment C. NAOMÉ, « La notion de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 108 (« Ce qui est particulier à la jurisprudence communautaire nous semble toutefois être l'utilisation du principe de sécurité juridique en vue d'établir la suprématie du droit communautaire ») ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 463 (« Le principe de sécurité juridique, placé entre les mains du juge communautaire, sert moins à protéger les sujets de droit que la compétence et le pouvoir des institutions

constater qu'elle est même reconnue par d'anciens magistrats de la Cour. J.-P. Puissechot et H. Légal relèvent ainsi que le contrôle de la clarté de la règle au nom de la sécurité juridique est « un instrument au service de la capacité d'influence intellectuelle des réalisations communautaires¹⁹⁸² ».

444. — De façon intéressante, mais regrettable, la logique politique de la sécurité juridique semble avoir pris, dans le système juridique de l'Union, une place qu'elle avait désinvesti dans ses États membres. Sans prétendre offrir l'explication unique et ultime de ce phénomène, il est possible de suggérer que cette logique est propre aux ordres politico-juridiques en voie de formation ou d'expansion. On se souviendra de l'importance de la codification chez Justinien ou Napoléon, ainsi que des initiatives des rois de France pour consolider ou étendre leur pouvoir. Si, lors de la signature des traités CECA et CEE, les États fondateurs n'avaient plus à assurer le fondement de leur ordre juridique¹⁹⁸³, il n'en allait pas de même de l'ordre juridique européen émergent. Gardienne de son intégrité, la Cour de justice n'a cessé de promouvoir son effectivité en faisant de l'intérêt de l'Union le paradigme d'arrière-plan de ses décisions. Or, on l'a vu, il ne peut être présumé *a priori* que les initiatives de l'Union poursuivent toujours – ou sont systématiquement en mesure d'atteindre – un intérêt général qui relève au mieux de l'idéal, au pire de l'imaginaire. Surtout, il ne peut être affirmé sans

de l'Union européenne »). Selon P. PESCATORE, l'ambiguïté du principe vient de ce qu'il sert à affirmer tantôt les prérogatives de l'intérêt général au détriment des situations individuelles, tantôt « à immuniser celles-ci de la règle » (« Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 26).

¹⁹⁸² *Ibidem*, p. 151. Les mêmes auteurs poursuivent : « On peut d'ailleurs considérer l'ajout aux propriétés du principe de tout ce qui n'est pas lié uniquement à la protection des situations particulières (rédaction des textes, méthodes d'interprétation, unicité du droit communautaire, autorité de la Cour de justice) comme une contre-attaque des partisans du contrôle de légalité « pur et dur » : s'il existe une sécurité juridique, elle doit valoir pour tout le monde, c'est-à-dire également du point de vue des intérêts publics [...]. D'une composante de l'État de droit, la Cour se sert, d'une manière très pragmatique, tant pour asseoir son autorité et celle du droit communautaire que pour poser des exigences minimales de rédaction des textes [...] » (*ibid.*, p. 157-158).

¹⁹⁸³ Au contraire, des États comme l'Allemagne et, dans une moindre mesure, l'Italie préféreraient sans doute insister sur la protection des droits individuels plutôt que sur l'effectivité de l'ordre juridique étatique.

nuance qu'elles devraient toujours prévaloir sur les intérêts individuels ou même étatiques en jeu.

C. Une distinction à dialectiser

445. — Si la distinction entre logique politique et subjective n'est donc pas remise en cause par les développements qui précèdent, ils doivent cependant nous amener à les concevoir dans une relation davantage dialectique que strictement conflictuelle. Il apparaît ainsi que la quête d'effectivité, qui est au cœur de la logique politique de la sécurité juridique, rejoint parfois sa logique subjective (1) et que la logique politique coïncide souvent avec ce qu'on pourrait appeler la finalité longue de la logique subjective du principe (2).

1. L'effectivité et la logique subjective

446. — La sécurité juridique nécessite une certaine effectivité des normes afin d'éviter que la connaissance théorique des droits soit dissociée de leur reconnaissance en pratique¹⁹⁸⁴. Des règles ineffectives seraient, en effet, incapables d'assurer la sécurité juridique en raison de l'écart existant entre leur énonciation et leur application¹⁹⁸⁵. A l'inverse, la sécurité juridique s'avère souvent, même dans sa dimension subjective, être une condition de l'effectivité normative. On se souvient que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription¹⁹⁸⁶ ». Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union constate qu'« une

¹⁹⁸⁴ En ce sens, A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 200.

¹⁹⁸⁵ Sur cette exigence de convergence entre la règle énoncée et son application, voy. *supra*, n° 276.

¹⁹⁸⁶ Voy. son arrêt *Legrand*, *supra*, n° 359. Sur les rapports entre sécurité juridique et effectivité dans la jurisprudence strasbourgeoise, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 672-705.

situation caractérisée par une incertitude juridique importante peut constituer une violation du principe d'effectivité¹⁹⁸⁷ ».

447. — La jurisprudence de la Cour relative aux délais nationaux de prescription illustre parfaitement cette dynamique, et éclaire certains des problèmes pointés dans notre première partie. Dès lors que ces délais ont souvent pour conséquence de limiter l'effectivité du droit de l'Union, la Cour s'assure que le particulier a pu avoir connaissance de ses droits et du délai national qu'il doit observer pour les faire valoir. C'est ainsi qu'elle a pu juger que le même délai d'un an était compatible avec le droit de l'Union dans l'arrêt *Palmisani* mais condamnable dans l'arrêt *Heininger*. Dans le premier cas, la Cour a souligné que ce délai mettait les bénéficiaires en mesure de connaître la plénitude de leurs droits alors que, dans le second, elle a condamné le fait que les consommateurs n'avaient pas été informés de l'existence de leur droit de révocation¹⁹⁸⁸. Dans *Cofidis*, la Cour a mis en évidence ce lien entre effectivité et sécurité juridique des justiciables, précisant que la faculté pour le juge d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle était « nécessaire pour assurer au consommateur une protection *effective*, eu égard notamment au risque non négligeable que celui-ci soit dans l'*ignorance* de ses droits¹⁹⁸⁹ ». Ce lien entre effectivité du droit de l'Union et sécurité juridique subjective résulte également de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les États membres doivent exécuter leurs obligations découlant du droit de l'Union avec une « force contraignante incontestable, ainsi qu'avec la spécificité, la précision et la clarté requises afin qu'il soit satisfait aux exigences » découlant du

¹⁹⁸⁷ C.J.U.E., 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, pt 33. Sur la notion de « *chilling effect* », qui vise la paralysie de l'exercice d'un droit en raison de l'incertitude qui l'entoure, voy. O. DE SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », *op. cit.*, p. 193-194 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 664. Selon A.M. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « la sécurité juridique est elle-même un objectif médiate, en ce qu'elle permet l'effectivité des droits » (« Le principe constitutionnel... », *op. cit.*, p. 364). L'application uniforme du droit de l'Union, censée promouvoir la sécurité juridique, « constitue à la fois un indicateur et un instrument de l'effectivité du droit communautaire » (F. FINES, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, *op. cit.*, p. 342).

¹⁹⁸⁸ Sur ces arrêts, voy. *supra*, n° 141.

¹⁹⁸⁹ C.J.U.E., 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, pts 33 et 36 (nous soulignons). Voy. aussi les concl. de l'avocat général Tizzano dans cette affaire (pt 59) et *supra*, n° 141.

principe de sécurité juridique¹⁹⁹⁰. Or, on le rappelle, l'effectivité constitue le moteur de la logique politique de la sécurité juridique.

2. La logique politique et les deux finalités de la logique subjective

448. — Dès lors qu'on accepte que le juge contribue à l'élaboration des normes, il est raisonnable d'exiger qu'il soit attentif à la façon dont ses arrêts seront reçus dans le corpus normatif existant, dès lors qu'ils sont susceptibles de le modifier. Il doit veiller à ce que ses décisions puissent faire jurisprudence, en d'autres termes « dire le droit *applicable à toutes les hypothèses semblables*¹⁹⁹¹ ». Il est donc possible de distinguer, au sein de la logique subjective de la sécurité juridique, une finalité courte et une finalité longue¹⁹⁹². La première est uniquement relative à la solution du litige pour les parties. Outre la certitude que leur apporte l'issue juridictionnelle, elle concerne la façon dont les attentes formées sur la base du droit applicable – ou légitimement jugé tel – sont prises en considération par le juge. La finalité longue concerne la certitude en droit apportée par une nouvelle solution à l'ensemble des sujets de droit ou aux catégories de sujets de droit qu'elle est susceptible de concerner, dans l'hypothèse où elle fait jurisprudence¹⁹⁹³. Cette finalité tend à

¹⁹⁹⁰ Voy. *supra*, n° 28. Pour des exemples de violation du principe de sécurité juridique lorsque le droit national n'assure pas l'effectivité du droit de l'Union, voy. notamment C.J.U.E, 30 janvier 1985, Commission/Danemark, aff. 143/83, pt 11 ; 13 mars 1997, Commission/France, C-197/96, pt 17 ; 28 octobre 1999, Commission/Grèce, C-187/98, pt 54.

¹⁹⁹¹ F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 125-126. Voy. également S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.* O. DE SCHUTTER distingue, outre le droit subjectif et l'obligation imposée par le droit objectif propres aux circonstances de la cause, un troisième « objet du litige » qui est le précédent judiciaire qui résultera de la décision (*Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 18-24 ; « Les cadres du jugement juridique », *op. cit.*, p. 183 et 191).

¹⁹⁹² Nous reprenons la terminologie de RICŒUR lorsqu'il distingue, dans l'acte de juger, une finalité courte, qui consiste à « trancher un conflit – c'est-à-dire mettre fin à l'incertitude », et une finalité longue, qui est, « plus que la sécurité », et qui tend à « contribuer à la paix sociale, c'est-à-dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel si souvent évoqué par Ch. Perelman » (*Le Juste*, *op. cit.*, p. 11 et 185-190).

¹⁹⁹³ Dans un sens comparable, Th. PIAZZON distingue un sens large et objectif de la sécurité juridique, qui vise l'ordre et la paix juridique (autorité de la chose jugée, prescription) et un sens dynamique et concret, qui suppose une appréciation *in*

faciliter la formation d'attentes par rapport à la nouvelle solution juridictionnelle. Elle est destinée à remplir la part d'obligations des autorités dans le contrat social européen, à savoir rendre le droit accessible et, dans la mesure du possible, assurer que son application aura été prévisible pour les sujets de droit. Elle est relative à la façon dont la décision peut elle-même devenir source de sécurité juridique pour les particuliers.

449. — Il est néanmoins possible que les exigences de cette finalité longue correspondent à celles de la logique politique. Ainsi, la volonté des juges européens d'assurer la stabilité du droit ou une jurisprudence uniforme permet de rencontrer tant les exigences de la logique subjective à long terme (certitude pour les sujets de droit) que sa logique politique (certitude au service du développement harmonieux de l'ordre juridique établi par le Prince). Cela ne signifie pas qu'il faille condamner la distinction entre la finalité longue de la logique subjective et la logique politique. En ce qu'elle met l'accent sur le destinataire du principe, les sujets ou le prince, les particuliers ou l'autorité, elle permet de problématiser des situations où leurs intérêts divergent¹⁹⁹⁴.

concreto des attentes légitimes du sujet de droit (*La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 43). G.P. ROMANO parle de la « sécurité postjudiciaire qu'apporte la décision » et qui « contribue à la sécurité *préjudiciaire* de toute relation du même type susceptible de se créer à l'avenir » (« Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts *Gasser et Owusu* », *op. cit.*, p. 184). S. CALMES sépare la dimension objective et abstraite de la sécurité juridique (stabilité et prévisibilité du droit pour la sécurité de tous) de sa dimension subjective (principe de confiance légitime) (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 169-170). O. DE SCHUTTER dissocie l'argument de la sécurité du droit (degré de formalisation, point de vue du système dans son entier) des attentes légitimes des destinataires (*Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 418). R. MEHDI invite à distinguer « la sécurité juridique d'une norme (qui inclinera à sauvegarder sa stabilité et son intégrité) et celle des particuliers (qui amènera à écarter l'application d'un acte) » (« Variations sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 178). L. WINTGENS relève que le discours sur la sécurité juridique peut être considéré soit selon une perspective d'action (considérée du point de vue de la liberté du sujet contre l'État, le droit doit être prévisible) ou de système (promouvant la protection et la transparence du système juridique dans son ensemble) (*Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, *op. cit.*, p. 157-166).

¹⁹⁹⁴ Ainsi, la consécration prétorienne d'un délai d'action qui met à l'abri les finances de l'Union après une certaine période promet, en soi, la logique politique de la sécurité juridique mais ne favorise sa finalité longue qu'à la condition qu'il soit donné une publicité suffisante à l'arrêt qui adopte ce délai.

Dans ce cas, on l'a vu, la logique fiduciaire de la sécurité juridique tend à favoriser la première à la seconde.

450. — La difficulté réside dans le fait que cette finalité longue de la logique subjective de la sécurité juridique est susceptible d'entrer en conflit avec sa finalité courte¹⁹⁹⁵. Or, s'il est possible de plaider en faveur de la légitimité de la logique subjective par rapport à sa finalité politique, à tout le moins en termes de motivation des décisions de justice, il n'est pas aussi aisé de trancher entre les deux finalités de la logique subjective. Il en est par exemple ainsi de la consécration par le juge d'un délai d'action lorsque celui-ci faisait défaut, ou lorsque la Cour donne une interprétation uniforme d'un terme contenu dans un règlement, alors qu'il pouvait être compris de façon différente dans certaines langues officielles de l'Union. Si nul ne peut contester que l'établissement d'un délai ou l'adoption d'une interprétation uniforme ont vocation à assurer la sécurité juridique des sujets de droit sur le long terme, ils sont néanmoins de nature à surprendre les parties au litige. Or, alors que la Cour européenne des droits de l'homme privilégie le « situationnisme proportionnaliste » au caractère généralisable de ses solutions¹⁹⁹⁶, la Cour de justice de l'Union tend au contraire à induire des principes généraux du cas qui lui est soumis¹⁹⁹⁷, parfois au préjudice de la finalité à court terme de la logique subjective de la sécurité juridique. Cette priorité n'est pas exempte de toute critique et doit être replacée dans un examen plus global de la clause de sécurité juridique dans le « contrat social européen ».

¹⁹⁹⁵ Sur les problèmes que posent, en termes de sécurité juridique, cette tension entre les exigences du litige particulier et celles posées par l'énonciation d'une norme jurisprudentielle, amenée à régir des litiges ultérieurs, voy. O. DE SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », *op. cit.*, p. 192-195.

¹⁹⁹⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 712.

¹⁹⁹⁷ M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, « Introduction. The Past and Future of EU Law », *op. cit.*, p. xvii. Les auteurs relèvent le risque que ces décisions à vocation généralisable rendent la Cour trop « *path-dependent* ».

Section 3. — La clause de sécurité juridique dans le contrat social européen

451. — Les développements qui précèdent nous ont fourni le matériau nécessaire pour proposer une ébauche de formulation de la clause de sécurité juridique dans le contrat social européen¹⁹⁹⁸. Il est ainsi possible de reprendre les obligations qu'impose la logique fiduciaire de la sécurité juridique tant à l'égard des sujets de droit (A) que des autorités (B), avant de formuler, de façon plus précise, douze suggestions destinées à remédier, dans l'optique ainsi définie, à certains des problèmes relevés dans la première partie de notre étude (C).

A. Les obligations des sujets de droit

452. — Au moins deux obligations incombent au particulier pour lui permettre de revendiquer la protection des attentes légitimes qu'il a pu former. Il doit se comporter de bonne foi (1) et de façon normalement prudente et diligente¹⁹⁹⁹ (2).

1. La bonne foi

453. — Dans une approche interactionnelle du développement du droit de l'Union, il ne paraît pas déséquilibré de faire dépendre le bénéfice

¹⁹⁹⁸ Plusieurs auteurs plaident ainsi pour la notion d'un contrat social européen comme outil indispensable pour fournir une légitimation suffisante à l'Union européenne, en donnant à l'individu la place qui doit être la sienne (« Questioning the sources of legitimacy, explaining who is at the origin of the conclusion of international treaties, and in particular the treaties on the European Union, unavoidably leads to models of modern contract theories whereby the individuals of member States, acting through their respective institutions, contract [...] the model of European constitution building must include the notion of a European social contract, even if it were reduced to its mythical function » (I. PERNICE, F. C. MAYER et S. WERNICKE, « Renewing the European social contract: the challenge of institutional reform and enlargement in the light of multilevel constitutionalism », *The King's College Law Journal*, 2001, p. 68-70).

¹⁹⁹⁹ Dans le même sens, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 61. En ce qui concerne la sécurité juridique en droit français, X. LAGARDE propose de distinguer « entre celui qui sera déterminé en considération d'une croyance, et qui mérite protection, et celui qui, indifférent à l'état du droit et de la jurisprudence,

de la sécurité juridique d'une certaine bonne foi de la part des sujets de droit²⁰⁰⁰. C'est ainsi que la Cour a considéré que l'écoulement d'un délai de vingt-trois mois, durant lequel aucune démarche extérieure n'avait été entreprise par la Commission pour poursuivre des sociétés, ne saurait être qualifié de déraisonnable eu égard à leur transgression délibérée de la réglementation en vigueur²⁰⁰¹. Dans un arrêt *Marti Peix*, le Tribunal a rejeté le grief pris de la violation du principe de sécurité juridique, malgré le délai de plus de trois ans pour récupérer le montant d'un concours financier européen, dès lors qu'était « établie l'existence d'irrégularités graves au regard de la réglementation applicable et des obligations d'information et de loyauté » pesant sur la bénéficiaire du concours²⁰⁰². Dans un arrêt récent, le Tribunal a estimé que l'approbation d'une aide d'État « étant fondée sur une condition qui n'a pas été respectée par la suite, la requérante ne saurait se prévaloir du principe de sécurité juridique et du principe de protection de la confiance légitime²⁰⁰³ ». De même, la protection est moindre en cas de retrait d'acte administratif si cet acte a été adopté sur la base d'indications fausses ou incomplètes fournies par les intéressés ou lorsque son bénéficiaire a contribué à son illégalité²⁰⁰⁴. En outre, la modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour ne peut, en principe, viser que les relations

n'aura cru en rien et ne pourra en conséquence prétendre au bénéfice de la théorie de l'apparence [...] il suffit simplement de valider rétroactivement un comportement adopté en considération d'une croyance légitime » (« Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *op. cit.*, p. 83-84). Dans le même sens et du même auteur, voy. « Jurisprudence et insécurité juridique », *Rec. Dalloz*, 2006, n° 10, p. 678-684.

²⁰⁰⁰ Sur la notion de bonne foi, voy. F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 173-175 (*supra*, n° 91). La rigueur de la Cour dans la saga *Branco* en ce qui concerne le respect d'un délai raisonnable pourrait s'expliquer par le fait que la société avait commis des irrégularités dans le cadre du concours FSE (voy. *supra*, n° 107). En ce qui concerne l'arrêt *Lucchini*, dans lequel la Cour a fait exception à sa jurisprudence respectueuse de l'autorité de chose jugée (*supra*, n° 151), A. DEFOSSEZ et N. PETIT observent que les faits de l'arrêt établissent la mauvaise foi évidente de la société italienne (« L'effet des arrêts de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 108).

²⁰⁰¹ T.U.E., 24 avril 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a.*, aff. jtes T-551/93, T-231/94-T-234/94, pts 76 et 119.

²⁰⁰² T.U.E., 13 mars 2003, *Martí Peix*, T-125/01, pt 112 (nous soulignons). On peut s'interroger sur la base légale qui rend le tribunal compétent pour veiller aux intérêts financiers de l'Union.

²⁰⁰³ T.U.E., 15 mars 2012, *Ellinika Nafpigei a*, T-391/08, pt 159.

²⁰⁰⁴ Voy. l'arrêt *S.N.U.P.A.T* (*supra*, note 148); C.J.U.E., 24 janvier 2002, *Conserve Italia*, C-500/99 P, pt 90.

juridiques établies « de bonne foi²⁰⁰⁵ ». Enfin, les États membres ne pourraient se prévaloir des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime pour justifier la non-exécution d'un arrêt constatant un manquement dans leur chef et échapper ainsi à leur responsabilité²⁰⁰⁶.

454. — Dès lors que la bonne foi constitue une condition d'invocabilité du principe de confiance légitime²⁰⁰⁷, il est possible d'expliquer pourquoi, alors que la Cour avait estimé que le Conseil devait, sous peine de violer la confiance légitime de certains pensionnés, fixer une période transitoire pour la réduction progressive des montants payés, elle a refusé d'appliquer les mêmes exigences à la modification du régime de pension des fonctionnaires²⁰⁰⁸. Dans ce cas, en effet, le système des taux de change avait été adapté pour éviter que certains fonctionnaires ne fassent de la spéculation sur le compte de l'Union, en transférant une partie de leur rémunération vers d'autres États membres que celui de leur affectation. Dans le même sens, la Cour a jugé que le fait, pour la Commission, d'adopter une décision applicable à des marchandises en cours de transport afin de contrer des entreprises qui voulaient spéculer sur une fluctuation importante du franc français durant le printemps 1969 ne constituait pas « une atteinte au principe de la protection de la confiance légitime des justiciables, mais une précaution justifiée contre des agissements de nature spéculative²⁰⁰⁹ ».

455. — Il va de soi cependant que la mauvaise foi d'un sujet de droit ne peut, en principe, justifier de le priver de l'accès au droit de l'Union, condition de possibilité de tout État de droit. Il peut uniquement en être tenu compte au stade de la *prise en considération des attentes* qu'il a pu former sur la base du droit existant ou légitimement jugé tel. Même alors, cette mauvaise foi n'implique pas que le justiciable concerné

²⁰⁰⁵ Voy. *supra*, n° 69.

²⁰⁰⁶ C.J.U.E., 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04, pt 13. Voy., par analogie, C.J.U.E., 17 avril 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, pt 72.

²⁰⁰⁷ Voy. *supra*, n° 93. Le tribunal a jugé que « le principe de bonne foi est le corollaire, dans le droit international public, du principe de protection de la confiance légitime » (T.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria, aff. T-115/94, pt 93). Dans le même ordre d'idées, D. Simon et A. Rigaux suggèrent un rapprochement de la confiance légitime avec la prohibition de l'abus de droit (« La technique de consécration... », *op. cit.*, p. 580).

²⁰⁰⁸ Sur ces arrêts *Grogan et Buyl*, voy. *supra*, n° 125.

²⁰⁰⁹ C.J.U.E., 27 mai 1975, Mackprang, aff. 2/75, pt 4.

ne pourrait jamais se prévaloir du principe de sécurité juridique mais elle peut, dans certaines circonstances, justifier une protection moins importante. Il s'agit, en quelque sorte, d'une sanction pour n'avoir pas « joué le jeu » du droit de l'Union.

2. La diligence

456. — Dans le contexte de complexité décrit au premier chapitre, un des moyens d'améliorer la sécurité juridique des sujets de droit consiste, paradoxalement, à les responsabiliser. Chacun doit donc non seulement s'informer sur les dispositions légales qui lui sont applicables mais également prendre conscience du fait qu'il interagit dans un complexe normatif qui peut être amené à changer²⁰¹⁰, ou à opérer selon des modalités qui dépendent de configurations partiellement imprévisibles. Dans la lignée de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰¹¹, la Cour de justice a affirmé à plusieurs reprises que la notion de prévisibilité ne s'opposait « pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé », particulièrement en ce qui concerne les « professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier » et dont on peut attendre « qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte²⁰¹² ». La Cour considère également que les sujets de droit doivent recourir aux procédures qui leur permettent de garantir leur propre sécurité juridique. En ce sens, elle a refusé d'accepter l'argument d'imprévisibilité soulevé par une société poursuivie pour abus de position dominante, au motif que le règlement

²⁰¹⁰ Comme le relevait l'avocat général Maduro, « la stabilité n'est pas et ne devrait pas être une valeur absolue » (ses concl. dans les aff. jtes C-94 et 202/04, Cipolla et Macrino, pt 29).

²⁰¹¹ Voy. *supra*, n^{os} 259. Sur la question, voy. P. POPELIER, « Legal certainty... », *op. cit.*, p. 331.

²⁰¹² C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a, aff. jtes C-189/02 P (...), pt 219 (*supra*, n^o 47). Plusieurs avocats généraux ont rappelé le vieil adage latin selon lequel le droit ne secourt que les diligents (voy. les concl. de l'avocat général Trabucchi dans les aff. jtes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73, Kortner, *Rec.* p. 198 (« un principe ancien et toujours valable : *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt* ») ; de l'avocat général Capotorti dans l'aff. 1/82, D/Luxembourg, pt 4 ; de l'avocat général Tesaro dans l'aff. C-373/90, X (Nissan), pt 9 ; de l'avocat général Mischo dans l'aff. C-210/96, Gut Springenheide, pt 99 ou de l'avocat général Jääskinen dans les aff. jtes C-89/10 et C-96/10, Q-Beef, pt 4).

n° 17 « permettait de faire concrétiser à titre préventif l'application de l'article 86 aux cas douteux, sans cependant que la requérante ait cru devoir faire usage de cette possibilité d'obtenir la sécurité juridique dont elle se plaint d'être dépourvue²⁰¹³ ». Enfin, en cas de litige, il incombe aux justiciables de motiver leurs griefs et de distinguer clairement les principes dont ils invoquent la violation. Il ne paraît pas, à cet égard, critiquable que la Cour se contente d'une motivation laconique lorsque le requérant s'est borné à invoquer des griefs sans prendre la peine de les développer.

457. — Dans de nombreux cas, cependant, la Cour met la barre trop haut en ce qui concerne le comportement qu'elle attend d'un opérateur « normalement prudent et diligent²⁰¹⁴ ». Ainsi qu'il l'a déjà été suggéré, l'attachement des juridictions de l'Union à une conception cartésienne de la sécurité juridique, couplé à la force normative des principes généraux, les confronte à un dilemme douloureux : soit constater que l'ensemble du droit de l'Union viole le principe de sécurité juridique, dès lors que les exigences absolues de clarté, de précision et de prévisibilité sont inévitablement violées, soit blâmer les sujets de droit pour leur manque de perspicacité relative à la clarté et la précision des textes normatifs et leur incapacité à prévoir les conséquences juridiques de leurs actes²⁰¹⁵. Dès lors que la première branche de l'alternative s'apparenterait à un véritable légicide de masse, les juridictions ont privilégié, d'une façon qui n'est pas nécessairement consciente et assumée, la seconde branche du dilemme qui, à défaut d'être satisfaisante, permet de sauver les apparences. Or, si on accepte de se débarrasser, non seulement en pratique mais également en théorie, de cette logique cartésienne, il est possible de rééquilibrer la balance des obligations respectives des autorités et des sujets de droit, au bénéfice de ces derniers. Il sera possible à cet égard de formuler quelques modestes propositions²⁰¹⁶.

²⁰¹³ C.J.U.E., 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, pt 134. L'article 86 du traité CEE, devenu l'article 82 du traité CE est repris par l'article 102 du TFUE.

²⁰¹⁴ Voy. S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, op. cit., p. 573-580 et les réf. citées.

²⁰¹⁵ Sur la rigueur excessive de la Cour lorsqu'elle apprécie la prévisibilité, voy. *supra*, note n° 1884.

²⁰¹⁶ Voy. *infra*, n°s 461-504.

B. Les obligations des autorités

458. — Dans le cadre d'une conception interactionnelle de la sécurité juridique, il est raisonnable d'attendre des autorités européennes qu'elles méritent la confiance des sujets de droit. En ce sens, la logique fiduciaire du principe postule, sur le plan des bénéficiaires, de donner la priorité à sa logique subjective. La Cour elle-même semble adhérer à cette conception subjective lorsqu'elle affirme que le principe de sécurité juridique vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit de l'Union, particulièrement lorsqu'un acte est susceptible de comporter des conséquences négatives pour des sujets de droit²⁰¹⁷. Sa jurisprudence relative aux principes du respect des droits acquis, de la confiance légitime, de la rétroactivité, de l'autorité de chose jugée et de l'application dans le temps des actes de l'Union s'inscrit dans la même démarche. Comme le relèvent deux anciens magistrats :

Nous avons, au départ, une notion de droit allemand et, accessoirement, néerlandais directement liée à l'application du *Rechtsstaatsprinzip* et qui tend essentiellement à limiter l'exercice de la puissance publique en lui imposant d'être à la fois clair, certain et prévisible pour les particuliers ; il s'agit fondamentalement d'une règle de protection des citoyens contre l'insécurité que peuvent engendrer pour eux les changements de cap dans l'action des pouvoirs publics²⁰¹⁸.

459. — Dans cette optique, la double obligation qu'impose la logique fiduciaire du principe de sécurité juridique aux autorités²⁰¹⁹ peut être facilement transposée à l'office du juge européen. L'accès au droit est la condition de possibilité de tout État de droit. Malgré l'importance qu'elle accorde à l'effectivité du droit de l'Union, la Cour de justice a admis cette évidence dans son arrêt *Skoma Lux*. En l'espèce, elle était

²⁰¹⁷ Voy. *supra* n° 26. Le Tribunal a été encore plus explicite, considérant que « l'exigence fondamentale de la sécurité juridique, dans ses différentes manifestations, vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire » (T.U.E., 1^{er} juillet 2004, Salzgitter, aff. T-308/00, pt 160, nous soulignons). Voy. également T.U.E., 24 septembre 2008, Kahla, T-20/03, pt 136 ; 25 mars 2009, Alcoa Trasformazioni, T-332/06, pt 103 ; 18 octobre 2011, Purvis, T-439/09, pt 65.

²⁰¹⁸ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 157-158.

²⁰¹⁹ Voy. *supra*, n° 425.

confrontée à des nouveaux États membres et elle estima qu'il serait contraire au principe de sécurité juridique, combiné à d'autres règles du droit de l'Union, que soient imposées aux particuliers des obligations édictées par des textes non publiés au *Journal officiel* dans leur langue nationale. La Cour considéra que cette solution n'était pas contraire au principe d'effectivité « dès lors que ce dernier principe ne peut pas concerner des règles qui ne sont pas encore opposables aux particuliers ». Et de conclure que « la position qui consisterait à admettre une telle opposabilité d'un acte qui n'a pas été régulièrement publié, au nom du principe d'effectivité, reviendrait à faire supporter aux particuliers dans l'État membre concerné, les conséquences négatives du non-respect de l'obligation qui pesait sur l'administration communautaire de mettre à leur disposition, à la date de l'adhésion, l'ensemble de l'acquis communautaire dans toutes les langues officielles de l'Union²⁰²⁰ ». L'apparent paradoxe selon lequel un principe général ne peut être opposé à des sujets du droit de l'Union en raison d'un autre principe se résout par le fait que, derrière le raisonnement de la Cour, c'est bien l'accès au droit qui est en jeu, soit le point de départ de toute conception interactionnelle du droit²⁰²¹. Le juge doit donc d'abord vérifier si le

²⁰²⁰ C.J.U.E., 11 décembre 2007, Skoma-Lux, C-161/06, pt 32-42. Comp. avec la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Emmott* (*supra*, n° 140).

²⁰²¹ Dans le même sens, bien que sans invoquer la sécurité juridique, la Cour a jugé que l'impossibilité, pour une société grecque, de prendre connaissance de la réglementation européenne au moment de l'adhésion de la Grèce était due à des circonstances qui n'étaient pas imputables à cette société, ce qui était de nature à lui permettre d'obtenir la remise de droits à l'importation malgré le non-respect de ladite réglementation (C.J.U.E., 15 mai 1986, Oryzomyli Kavallas, aff. 160/84, pts 11-21). Selon la Cour, « l'on ne saurait raisonnablement exiger, de la part de sociétés d'importance modeste, dont le siège est situé à plusieurs centaines de kilomètres d'Athènes, où les formalités requises pour l'importation en cause devaient être effectuées, se trouvant dans l'impossibilité de se procurer la version hellénique des règlements communautaires applicables et confrontées, en outre, à l'ensemble des circonstances particulières rappelées plus haut, qu'elles entreprennent d'autres démarches que celles qu'elles ont accomplies, en vue de se renseigner sur la portée exacte de la notion de préfixation » (pt 19). Dans ses conclusions, présentées dans une autre affaire, l'avocat général Sharpston estimait que la « méconnaissance persistante et délibérée des règles impératives de publication » était « d'une gravité si évidente qu'elle ne saurait être tolérée par l'ordre juridique communautaire » et que le règlement litigieux devait être déclaré inexistant (pt 108). La Cour n'a pas été aussi loin mais a néanmoins considéré que l'annexe de ce règlement, qui n'avait pas été publiée au *Journal officiel de l'Union*, n'avait pas de force obligatoire pour autant qu'elle visait à imposer des obligations aux particuliers (C.J.U.E., 10 mars 2009, Heinrich, C-345/06).

justiciable a eu un accès, matériel et intellectuel, au droit applicable, lui permettant d'orienter son comportement en conséquence²⁰²².

460. — Le principe de sécurité juridique exige également de vérifier quelles sont, sur le plan juridique, les attentes qui ont pu être légitimement formées par les particuliers et de prendre en considération ces attentes, soit en y faisant droit, soit, le cas échéant, en justifiant leur échec²⁰²³. Eu égard au caractère rétroactif et à l'impact du droit jurisprudentiel, tant sur le plan de la validité du droit que de son interprétation, le juge doit être conscient de la façon dont il fait évoluer le droit en assurant une pondération entre les différents intérêts en jeu. A partir de cette présentation générale, il est possible de formuler des propositions plus précises.

C. Les douze travaux de la Cour de justice

461. — Il ne s'agit pas, dans les lignes qui suivent, d'offrir quelque recette magique permettant d'assurer la prévisibilité juridique absolue. Une telle ambition, outre qu'elle serait de toute façon vouée à l'échec, tomberait dans le mythe que notre recherche vise précisément à déconstruire, celui de la logique cartésienne de la sécurité juridique. Or, s'il est une chute inévitable, c'est celle que le cas fait subir au principe absolu. L'inévitable casuistique jurisprudentielle permet certainement d'expliquer un certain nombre de décisions problématiques que nous avons relevées dans la première partie de notre étude. Notre intention n'est pas de les recenser : la démarche serait aussi fastidieuse pour l'auteur qu'inutile pour le lecteur. Notre objectif consiste plutôt à formuler douze propositions relatives aux problèmes structurels ou récurrents identifiés dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union et ce,

²⁰²² Dans un arrêt contre la Pologne, la Cour semble avoir restreint ce principe aux dispositions contraignantes (C.J.U.E., 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa*, C-410/09, pt 30).

²⁰²³ Dans le même sens, Th. PIAZZON estime que le droit doit « offrir la possibilité d'établir des prévisions » (« respect du droit »), mais aussi « être respectueux des prévisions volontaires régulièrement élaborées sous son empire » (« sécurité des droits ») (*La sécurité juridique*, op. cit., p. 12 et 46). C'est pourtant l'inévitable casuistique de l'application du droit qui convainc cet auteur de plaider contre la reconnaissance en droit français d'un principe de sécurité juridique, craignant « un excessif éparpillement incompatible avec l'essence d'un principe général » (*ibid.*, p. 468). Or, on l'a vu, si l'essence d'un principe est bien sa généralité, sa vocation est d'être concrétisé.

dans la perspective interactionnelle adoptée dans les développements qui précèdent. Certaines de ces propositions sont modestes et, sans doute, relativement consensuelles, alors que d'autres sont plus ambiguës, controversées voire idéalistes. Toutes bénéficient du luxe du chercheur éloigné des contraintes matérielles et temporelles que doivent subir les praticiens du droit de l'Union, et plus particulièrement les membres de la Cour de justice. Nos douze propositions se répartissent en quatre catégories relatives à la conceptualisation (1), à la motivation (2), au raisonnement (3) et à la « pensée par cas » (4).

1. Une clarification conceptuelle

462. — Si ce que « l'on conçoit bien s'énonce clairement », il semble parfois que l'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe de sécurité juridique ne soit que la face visible de l'iceberg de sa compréhension de la notion²⁰²⁴. Nous avons déjà eu l'occasion de présenter la conception du principe qui nous paraît indéfendable²⁰²⁵, et de préciser celle que nous appelons de nos vœux²⁰²⁶. Il s'agit en résumé d'un principe qui impose aux autorités, d'une part de rendre le droit accessible à ses destinataires afin de leur permettre de prendre leurs dispositions en conséquences et, d'autre part, de tenir compte des attentes légitimement formées par les sujets de droit.

Dans la première partie de notre recherche, nous avons constaté que plusieurs concepts gravitaient autour de ce principe, selon une articulation pour le moins confuse. Certes, cette confusion s'explique aisément par le fait que ces notions ont des origines différentes et qu'elles ont été développées de façon casuistique, parfois sur une longue durée²⁰²⁷, par des juristes provenant de systèmes

²⁰²⁴ N. BOILEAU, *L'art poétique*, C.U.P., Cambridge, 1907, p. 5. Comme l'écrit ce poète, également juriste : « Selon que notre idée est plus ou moins obscure, l'expression la suit, ou moins nette ou plus pure ».

²⁰²⁵ Voy. *supra*, le premier chapitre de la troisième partie.

²⁰²⁶ Voy. *supra*, n° 425.

²⁰²⁷ Comme le souligne l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer en ce qui concerne le principe de confiance légitime, « sa reconnaissance a exigé un processus long et progressif, répondant au développement du droit communautaire, de sorte qu'il a été difficile d'en dégager une définition claire et logique » (ses concl. dans les aff. jtes C-346/03 et C-529/03, *Atzeni e.a.*, pt 143).

juridiques différents²⁰²⁸. On retrouve à nouveau l'influence de la notion des accords incomplètement théorisés décrits par Sunstein. Malgré les avantages que peuvent présenter ces *ITA*, ils sont susceptibles d'entraîner des conséquences préjudiciables lorsque l'éventuel désaccord sur l'essence d'un principe entraîne des doutes sur sa portée et des divergences dans son application. Dans la perspective de la logique fiduciaire du principe de sécurité juridique, il est cependant possible de proposer une clarification de ces notions et de leur articulation avec la sécurité juridique²⁰²⁹. Nous envisagerons tour à tour les principes de confiance légitime (a), du respect des droits acquis (b), de non rétroactivité (c), de légalité (d) et du délai raisonnable (e).

a) *Le principe de confiance légitime :*
un élément de la sécurité juridique (proposition n° 1)

463. — La confiance légitime protège l'expectative, l'attente légitime du justiciable par rapport à l'autorité et elle a son origine dans les droits allemand²⁰³⁰ et hollandais²⁰³¹. Nous avons eu l'occasion, dans la première partie, de mettre en évidence les confusions, voire

²⁰²⁸ Comme le relève E. BERNARD, alors que l'aspect subjectif de la sécurité juridique domine en droit allemand, elle « est généralement appréhendée de manière objective et abstraite » en droit français (*La spécificité du standard juridique*, *op. cit.*, p. 268).

²⁰²⁹ C. SUNSTEIN reconnaissait que, malgré les avantages des *ITA*, il ne fallait pas renoncer à des consensus plus ambitieux : « If judges can agree on a high-level theory, and if the theory can be shown to be a good one, judicial acceptance of a high-level theory is hardly troubling; on the contrary, it is an occasion of celebration » (*Legal reasoning and political conflict*, *op. cit.*, p. 44). Sur les *ITA*, voy. *supra*, n° 314.

²⁰³⁰ E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique*, *op. cit.*, p. 262 et les réf. citées ; I. CROIZIER, « Le principe de confiance légitime... », *op. cit.*, p. 219 ; J.-Cl. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 202-203 ; J.-P. PUISSOCHET, « «Vous avez dit confiance légitime?» (le principe de confiance légitime en droit communautaire) » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*, p. 582-584 ; A.-L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 202 ; V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 498 ; T. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, *op. cit.*, p. 149. Si plusieurs fondements ont été suggérés pour la confiance légitime, comme les droits fondamentaux, la bonne foi ou la proportionnalité, la sécurité juridique en constitue le fondement essentiel (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 41 et s. et p. 185-293).

²⁰³¹ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 1211 ; D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire... », *op. cit.*, p. 736-745.

les conflits²⁰³² existant entre le principe de sécurité juridique et celui de confiance légitime, présenté par la Cour comme le corollaire du premier²⁰³³. Les tentatives doctrinales de distinguer les deux principes sont rarement convaincantes. La jurisprudence relevée dans la première partie ne permet pas de confirmer que la sécurité juridique aurait un caractère statique alors que la confiance légitime ne vaudrait que pour le futur, ou que celle-ci peut être source de droits substantiels alors que celle-là serait généralement utilisée comme règle d'interprétation²⁰³⁴. Il n'apparaît pas davantage que la confiance légitime n'interviendrait que de manière subsidiaire lorsque les intérêts ne sont pas protégés par le principe de sécurité juridique²⁰³⁵.

464. — La plupart des auteurs considèrent que le principe de confiance légitime constitue l'aspect subjectif de la sécurité juridique²⁰³⁶. Encore faut-il s'entendre sur la notion de « subjectif ». Tout autant que le

²⁰³² Sur les situations dans lesquelles l'application du principe de confiance légitime peut porter atteinte à la sécurité juridique, voy. D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire... », *op. cit.*, p. 747 ; J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 156 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 181-182.

²⁰³³ Voy. *supra*, n° 33. Sur le rapport de dérivation entre confiance légitime et sécurité juridique, voy. J.-B. AUBY et D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *op. cit.*, p. 474 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 173 et s. et les réf. citées.

²⁰³⁴ Voy. pourtant, en ce sens, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 251.

²⁰³⁵ J.-Cl. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 211. Une telle conception serait, du reste, peu compatible avec la notion de « corollaire ».

²⁰³⁶ P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 107 ; D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 749 ; J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 156 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 180 ; L. IDOT, « L'insécurité dans le droit communautaire », *op. cit.*, p. 34 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 169 ; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 232 et 236 ; J.-B. AUBY et D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *op. cit.*, p. 474 et 486 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 84. Voy. également les concl. de l'avocat général Léger dans les aff. jtes C-182/03 et C-217/03, Belgique et Forum 187, pt 226, et celles de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans les aff. jtes C-346/03, C-529/03, C-346/03 et C-529/03, Atzeni e.a., pt 142.

principe de confiance légitime, celui de sécurité juridique peut être invoqué par des justiciables et peut, à certaines conditions, créer des droits dans leur chef. Il est par conséquent inexact d'affirmer que « le principe de confiance légitime apparaît comme la forme – de même rang dans la hiérarchie des normes – que revêt le principe de la sécurité juridique sur le plan des droits subjectifs²⁰³⁷ ». Certes, il s'agit d'un « principe général de droit communautaire, de rang supérieur, visant la protection des particuliers²⁰³⁸ » mais il n'en va pas autrement du principe de sécurité juridique, à tout le moins dans sa dimension subjective. En outre, il est inexact d'affirmer que le principe de confiance légitime ne peut être invoqué « que » par des particuliers²⁰³⁹ dès lors qu'il a déjà été mobilisé avec succès par des États membres²⁰⁴⁰. Certes, le caractère « subjectif » de la confiance légitime pourrait renvoyer à la perception du justiciable. La sécurité juridique ne se préoccuperait dès lors que de situations objectivables alors que la confiance légitime permettrait de protéger la croyance – jugée légitime – des justiciables. Si ce critère de distinction paraît davantage pertinent, il n'est pas infaillible. D'une part, le contrôle par les institutions de l'Union de la « croyance légitime » des personnes concernées demeure généralement à un stade très abstrait, particulièrement lorsqu'il s'agit de vérifier la régularité d'une mesure rétroactive²⁰⁴¹ ou réglementaire²⁰⁴². La norme de référence est, en effet, l'opérateur économique « normalement prudent et diligent » et plusieurs arrêts refusent de reconnaître le caractère « légitime » de

²⁰³⁷ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 994.

²⁰³⁸ Voir notamment C.J.U.E., 19 mai 1992, *Mulder e.a.*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, pt 15. Voy. aussi C.J.U.E., 4 octobre 2001, *Italie/Commission*, C-403/99, pt 35.

²⁰³⁹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 167.

²⁰⁴⁰ C.J.U.E., 1^{er} octobre 1987, *Royaume-Uni/Commission*, aff. 84/85, pt 26. Pour d'autres affaires dans lesquelles un État membre a invoqué le principe de confiance légitime, certes sans succès mais sans qu'il lui soit opposé l'irrecevabilité du grief, voy. notamment C.J.U.E., 1^{er} juin 1994, *Commission/Allemagne*, C-317/92, pt 4 ; 24 septembre 1998, *Commission/France*, C-35/97, pt 45 ; 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187*, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pts 141-154.

²⁰⁴¹ Voy. *supra*, n^{os} 44, 98-99 et 130-134. Si la confiance légitime est censée évaluer « l'imprévisibilité individualisée » (D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire... », *op. cit.*, p. 733), l'analyse de la confiance dans le chef du sujet européen a été « considérablement « objectivée » » et vise plutôt un « opérateur moyen » (J.-M. WOEHRLING, « L'obligation d'édicter des mesures transitoires... », *op. cit.*, p. 296).

²⁰⁴² Dans ces cas, les situations factuelles sont appréciées *in abstracto* (J.-P. PUISOCHET, « "Vous avez dit confiance légitime ?" ... », *op. cit.*, p. 585).

la croyance lorsque la base de confiance est illégale²⁰⁴³. D'autre part, la perception individuelle intervient également pour d'autres aspects de la sécurité juridique. Ainsi, le juge européen retient parfois une conception subjective des exigences de clarté et de précision²⁰⁴⁴ et la notion d'erreur excusable, dérivée du principe de sécurité juridique, vise explicitement un comportement d'une institution de nature « à provoquer une confusion admissible dans l'esprit d'un justiciable de bonne foi²⁰⁴⁵ ».

465. — Selon J.-M. Woehrling, il serait plus fructueux de distinguer les deux concepts en fonction de leurs conditions d'application²⁰⁴⁶. Si le principe de sécurité juridique n'est pas soumis à des conditions précises, il en va différemment de son corollaire qui requiert, selon la doctrine, trois éléments. Il faut tout d'abord un élément objectif, une base de confiance, c'est-à-dire un acte ou un comportement d'une autorité susceptible de générer une confiance. Si certains arrêts exigent des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, conformes aux dispositions légales, d'autres décisions retiennent l'existence d'une législation ou d'une réglementation, voire d'une simple pratique, le cas échéant irrégulière²⁰⁴⁷. Ensuite, l'élément subjectif exige la légitimité de la confiance dans le chef du sujet de droit, qui s'évalue par rapport à sa bonne foi et au caractère prévisible du changement portant atteinte à la confiance. Enfin, le juge doit constater qu'il n'existe pas d'« intérêt public péremptoire » prévalant sur les intérêts privés en jeu, ce qui requiert une pondération des intérêts en cause²⁰⁴⁸. Même là, cependant,

²⁰⁴³ Voy. *supra*, n° 123. Pour une critique de ce critère, voy. *infra*, n° 502.

²⁰⁴⁴ Voy. *supra*, n° 26.

²⁰⁴⁵ T.U.E., 10 octobre 2006, Evropaïki Dynamiki, T-106/05, pt 57.

²⁰⁴⁶ J.-M. WOEHRLING, « L'obligation d'édicter des mesures transitoires... », *op. cit.*, p. 294-295.

²⁰⁴⁷ Voy. *supra*, nos 91-93 et 121-125.

²⁰⁴⁸ D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire... », *op. cit.*, p. 734; J.-P. PUISOCHET, « "Vous avez dit confiance légitime ?" ... », *op. cit.*, p. 587-592; E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique*, *op. cit.*, p. 272 et les réf. citées; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 436. L'objet de la confiance peut être soit le maintien d'une situation, soit la réalisation de modifications avantageuses (*ibid.*, p. 368 et s.). Ces trois conditions se retrouvent, dans des versions plus ou moins strictes, dans certaines conclusions d'avocats généraux (voy. *supra*, n° 121). La balance d'intérêts n'est par contre reprise ni par le Tribunal ni par la Cour dans leurs formulations « type » du principe (voy. *supra*, nos 91-95). L'exigence controversée de légalité de l'acte ou du comportement ne fait pas l'unanimité, même si elle est évoquée par D. SIMON (« La confiance légitime

les différences entre sécurité juridique et confiance légitime résistent difficilement à un examen dépassant la motivation formelle. Dans la plupart des situations dans lesquelles le principe de sécurité juridique est appelé à jouer, il existe un élément *objectif* imputable aux autorités qui génère chez le particulier certaines attentes sur le plan juridique. Tel est le cas d'une législation existante modifiée rétroactivement, d'une inaction de la Commission pendant un délai raisonnable ou d'une décision revêtue de la chose jugée. En outre, on vient de le voir, l'élément *subjectif* est également présent dans la jurisprudence relative au principe de sécurité juridique et la bonne foi est prise en considération dans l'application des deux principes²⁰⁴⁹. Enfin, et bien que la Cour ne l'invoque que rarement de façon explicite, la confrontation de l'intérêt privé à la sécurité juridique et de l'intérêt public qui, le plus souvent, s'identifie à l'intérêt de l'Union, constitue le « paradigme d'arrière-plan » de toutes les décisions de la Cour²⁰⁵⁰.

466. — Le problème de la jurisprudence européenne en matière de confiance légitime est d'avoir ouvert son application à des cas que ne visait pas son ordre juridique d'origine, comme les actes de portée générale et de nature non administrative, au point que, comme l'écrivent des sources autorisées, « fort souvent », les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, « de valeur égale en droit communautaire, sont invoqués conjointement ou employés séparément mais de façon substituable²⁰⁵¹ ». Il est vrai que notre plaidoyer en faveur de la confiance comme fondement de la sécurité juridique ne semble guère faciliter la tâche. Dans un monde idéal, dans lequel le champ terminologique serait encore vierge, la logique fiduciaire tendrait, en effet, à rebaptiser le principe de « sécurité » juridique en principe de « confiance » juridique, brouillant encore davantage les pistes. Cependant, si on accepte de suivre la Cour dans son élargissement du principe de confiance légitime

en droit communautaire... », *op. cit.*, p. 734). Pour une critique de cette exigence, voy. *infra*, n° 502.

²⁰⁴⁹ Voy. *supra*, n° 464.

²⁰⁵⁰ Voy. *supra*, n°s 381-383 et *infra*, n°s 489-491. Nous reprenons l'expression de « paradigme d'arrière-plan » à F. OST (*Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 328).

²⁰⁵¹ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 156. Du principe de sécurité juridique, ils écrivent encore qu'il s'agit d'une « notion très proche de la protection de la confiance légitime, qui est celle que la Cour a d'abord admise, comme en témoignent les termes de son arrêt de 1961, SNUPAT... » (*ibid.*, p. 158).

au-delà de sa connotation en droit allemand, il est alors possible de proposer une interaction relativement simple des deux principes. Plutôt que de considérer que le principe de confiance légitime est un « corollaire » du principe de sécurité juridique, on pourrait affirmer qu'il *s'identifie au second élément du principe de sécurité juridique, à savoir la prise en considération des attentes légitimement formées par les sujets de droit*²⁰⁵². On doit cependant à l'honnêteté de constater que la tendance jurisprudentielle consiste plutôt à resserrer les conditions d'application de la confiance légitime, ce qui pourrait permettre, de façon critiquable à plusieurs égards²⁰⁵³, de réintroduire des différences entre les deux principes. Quoi qu'il en soit, il est souhaitable que la Cour clarifie leur articulation.

*b) Le principe du respect des droits acquis :
droit acquis ne profite jamais (proposition n° 2)*

467. — Selon J. Mertens de Wilmars et J. Steenberg, s'il existe une tendance à confondre droits acquis et protection de la confiance légitime, il y a lieu de « distinguer soigneusement » ces notions, le second principe n'étant « appelé à jouer qu'à défaut de droit acquis²⁰⁵⁴ ». Le droit acquis, qui existait déjà en droit français avant sa consécration européenne²⁰⁵⁵ et se trouve au cœur de la pensée de Locke, est associé à l'idée de droit subjectif, dont il vise à assurer la protection²⁰⁵⁶. Selon la

²⁰⁵² Pour mémoire, le premier consiste en la mise à disposition, matérielle et intellectuelle, du droit applicable, obligation qui incombe aux autorités, quelles qu'elles soient. Si cette proposition devait recueillir l'assentiment juridictionnel, il s'agirait d'un argument renforçant nos autres suggestions relatives aux conditions d'application du principe de confiance légitime (voy. *infra*, n° 502).

²⁰⁵³ Voy. *infra*, n° 502.

²⁰⁵⁴ J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « La notion de sécurité juridique... » *op. cit.*, p. 452. Dans le même sens, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 1003.

²⁰⁵⁵ Comme l'écrivait G. RIPERT, en 1949 : « Notre jurisprudence a toujours affirmé le respect des droits acquis. En vain les juristes ont-ils fait remarquer que le qualificatif n'ajoute rien au substantif, car tout droit est acquis, et que la définition du droit acquis n'est donnée que par l'application du principe de non rétroactivité » (*Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 179-180).

²⁰⁵⁶ V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 474 ; J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « La notion de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 453. La confusion relative au fondement de ce principe est attestée par cet arrêt : « L'appréciation de la légalité de la perte d'un éventuel « droit acquis » [...] relève tant de la portée des principes de légalité, de sécurité juridique et de non-rétroactivité

Cour, un droit est acquis lorsque son fait générateur s'est produit avant la modification législative, auquel cas il ne peut être révoqué unilatéralement par l'administration²⁰⁵⁷.

468. — Les promesses de ce principe sont cependant à la mesure de la déception provoquée par son application²⁰⁵⁸. La jurisprudence témoigne en effet de son impact extrêmement limité lorsqu'il est invoqué²⁰⁵⁹ et, lorsqu'il ne l'est pas, de son caractère superflu. Sans avoir besoin de ce principe, la Cour a ainsi pu juger que les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime s'opposaient à ce qu'une modification de la législation nationale prive un assujetti, avec effet rétroactif, d'un droit à déduction qu'il avait acquis sur le fondement du droit de l'Union²⁰⁶⁰. Dans un autre arrêt, la juridiction nationale avait explicitement posé une question préjudicielle relative aux principes généraux du droit de l'Union « de protection de la confiance légitime et [*de respect*] *des droits acquis* ». La Cour n'a pas hésité à reformuler la question en considérant qu'il ressortait de la décision de renvoi que cette juridiction l'interrogeait « sur sa jurisprudence relative aux principes de protection de la confiance légitime et *de sécurité juridique*²⁰⁶¹ ».

469. — Il est vrai que l'évolution de la fonction de juger, confrontée de plus en plus à des pondérations d'intérêts et à l'interaction des principes généraux du droit dans un ordre juridique pluraliste, semble de moins en moins favorable à la reconnaissance de droits subjectifs gravés dans

que de celle du principe de protection de la confiance légitime » (T.U.E., 14 février 2007, Simões Dos Santos, T-435/04, pt 77).

²⁰⁵⁷ Voy. *supra*, n° 32.

²⁰⁵⁸ A titre d'exception, voy. cependant la jurisprudence relative à la question, politiquement sensible, du respect des droits acquis sur la base des décisions n° 1 et 3/80 du conseil d'association entre la CEE et la Turquie, du 19 septembre 1980, et notamment à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres de l'Union européenne aux travailleurs turcs et à leur famille (voy. notamment C.J.U.E., 22 décembre 2010, Bozkurt, C-303/08 ; 29 septembre 2011, Unal, C-187/10) ou la jurisprudence relative à des actes de droit de l'Union qui consacrent explicitement le respect des droits acquis (voy. C.J.U.E., 22 octobre 2009, Meerts, C-116/08, pt 38).

²⁰⁵⁹ Voy. *supra*, n° 119.

²⁰⁶⁰ C.J.U.E., 8 juin 2000, Schlossstrasse, C-396/98, pt 44 ; 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00, pt 46.

²⁰⁶¹ C.J.U.E., 2 décembre 2010, Jakubowska, C-225/09, pt 40 (nous soulignons).

le marbre du droit²⁰⁶². Il paraît ainsi légitime de se demander si l'usage du « terme vague mais idéologiquement chargé et toujours mobilisateur²⁰⁶³ » de droit acquis a toujours sa place dans l'ordre juridique de l'Union. A défaut de lui garantir une effectivité justifiant son maintien, nous suggérons donc que les juridictions de l'Union constatent la mort juridique de ce principe plutôt que d'encourager un acharnement thérapeutique dans le chef des sujets de droit qui continuent à l'invoquer. Les rares situations dans lesquelles ce principe pourrait être invoqué avec succès seront couvertes par le principe de sécurité juridique.

*c) Le principe de non-rétroactivité :
lorsque la confiance est trompée (proposition n° 3)*

470. — Selon la Cour de justice, le principe de sécurité juridique s'oppose à ce qu'un acte de l'Union soit appliqué rétroactivement et ce, indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour les personnes intéressées. La rétroactivité peut être acceptée à titre exceptionnel, notamment lorsque le but à atteindre l'exige et que la confiance légitime des personnes concernées est respectée²⁰⁶⁴. Or, on l'a vu, la jurisprudence offre plusieurs exemples dans lesquels la rétroactivité s'est imposée *dans le but de pallier des situations d'insécurité juridique*²⁰⁶⁵.

471. — Si on adopte une conception fiduciaire de la sécurité juridique, il est possible d'éclairer cette apparente contradiction et de rendre plus transparentes les conditions d'application du principe de non-rétroactivité. L'interdiction pure et simple de la rétroactivité, quels que soient les effets de l'acte en cause, illustre à nouveau la prégnance de la logique cartésienne de la sécurité juridique en ce qu'elle repose sur

²⁰⁶² On se souvient que, pour P. Moor, il n'existe avant la décision d'un juge que des « expectatives » juridiques (voy. *supra*, note n° 1820).

²⁰⁶³ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 99. Selon J. CARBONNIER, l'attachement aux droits acquis est « lié à une économie de rareté ; l'abondance le dilue » (*Flexible droit*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 173). On pourrait ajouter que l'abondance de prétentions légitimes concurrentes le désintègre.

²⁰⁶⁴ Voy. *supra*, n° 46. Sur ce principe, voy. notamment T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 252-273 ; J. RAITIO, « Legal Certainty, Non-retroactivity and Periods of Limitation in EU Law », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 1, p. 9-16 ; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, p. 299-309.

²⁰⁶⁵ Voy. *supra*, n° 133.

le mythe du législateur rationnel, capable de prévoir et de déterminer à l'avance toutes les situations. Or, il arrive que des événements se présentent qui imposent de donner de nouveaux effets juridiques à des situations passées. Doit-on en conclure que toutes ces normes sont, *a priori*, condamnables ? Dans une logique fiduciaire, la rétroactivité ne pose problème que si elle heurte des attentes juridiques légitimes²⁰⁶⁶. Ainsi, lorsque la Cour décide que des règlements dépourvus de régime transitoire approprié ont violé le principe de confiance légitime et qu'il incombe aux institutions compétentes d'établir un tel régime avec effet rétroactif²⁰⁶⁷, le principe de sécurité juridique est respecté dès lors que les attentes des particuliers ne sont pas prises en défaut mais, au contraire, confortées²⁰⁶⁸. De même, le tribunal a-t-il pu annuler un règlement au motif que « l'application rétroactive des actes des institutions peut être admise dans la mesure où elle est susceptible d'entraîner, pour l'intéressé, une situation juridique plus favorable et dans la mesure où la confiance légitime est dûment respectée²⁰⁶⁹ ». Pour autant,

²⁰⁶⁶ Selon P. POPELIER, la rétroactivité n'est pas une fiction juridique mais signifie que la nouvelle législation donne de nouvelles conséquences juridiques à certains faits juridiques, qui se sont passés avant qu'elle n'entre en vigueur (« Legal certainty... », *op. cit.*, p. 333). Selon l'auteur, à partir du moment où il n'est pas porté atteinte à des situations juridiques terminées, la législation n'est tout simplement pas rétroactive, même si son entrée en vigueur est avancée avant sa publication (*Rechtszekerheid als beginsel*, p. 307-309).

²⁰⁶⁷ C.J.U.E., 11 mars 1982, Grogan, aff. 127/80, pts 35-37 (*supra*, n° 125).

²⁰⁶⁸ En ce sens, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 50. Dans le même ordre d'idées, HART avait rétorqué à Dworkin, qui accusait toute création normative d'origine jurisprudentielle d'être rétroactive et donc injuste, que tel n'était le cas que si la décision ne répondait « pas aux attentes légitimes de ceux qui, en agissant, se sont fondés sur la supposition que les conséquences juridiques de leurs actes seraient déterminées par l'état du droit en vigueur qu'ils connaissaient au moment où ils ont agi ». Et d'ajouter qu'il en va différemment des « *hard cases* » dans lesquels les juges exercent un pouvoir discrétionnaire dès lors que ce « sont des cas que le droit a laissés incomplètement réglés et dans lesquels il n'existe pas d'état connu d'un droit clairement établi qui justifierait de telles attentes » (*Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 293-294). Plus provocateur, Frank estimait fortement exagéré le problème de la rétroactivité dès lors que, selon lui, la plupart des gens agissent sans réfléchir aux conséquences juridiques de leurs actes (*Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 38).

²⁰⁶⁹ T.U.E., 29 juin 2000, Medici Grimm, T-7/99, pts 89-91 (*supra*, n° 132). En l'espèce, la requérante poursuivait l'annulation d'un règlement car le Conseil avait refusé d'accorder le remboursement rétroactif des droits antidumping payés par elle avant son adoption, ce qui entraînait un enrichissement indu de la Communauté aux dépens de la requérante. Le Conseil avait soulevé l'obstacle de l'application rétroactive du règlement attaqué.

l'atteinte à des attentes légitimes ne doit pas automatiquement entraîner l'interdiction de la rétroactivité mais il incombe alors à l'autorité d'établir que la rétroactivité est exigée par le but à atteindre²⁰⁷⁰, et au juge d'opérer une pondération entre les intérêts particuliers mis à mal et l'intérêt protégé par la disposition rétroactive. Entre le droit subjectif, pour autant qu'on s'accorde sur sa définition²⁰⁷¹, l'intérêt économique ou le simple espoir légitime, il est évidemment possible d'envisager une protection différenciée des attentes légitimes²⁰⁷². Cette pondération devrait être faite explicitement par le juge européen et motivée à suffisance, sans postuler la primauté de l'intérêt « général » ou l'intérêt de l'Union. Une telle méthode permettrait à la Cour de se défaire de son appréciation excessive des capacités prédictives des sujets de droit²⁰⁷³ et de l'exigence relative à la protection de la confiance légitime, dont les juridictions ne semblent du reste pas vérifier les conditions restrictives dans le cas de la rétroactivité et ce, sans que ce traitement différencié ne soit justifié²⁰⁷⁴.

*d) Le principe de légalité :
une notion distincte mais liée (proposition n° 4)*

472. — Selon la jolie formule de D. Labetoulle, le principe de légalité est, comme celui de sécurité juridique, « enrôlé sous la bannière ambiguë de l'« État de droit »²⁰⁷⁵ ». Cette ambiguïté menace la crédibilité des deux principes et il convient de clarifier leurs portées respectives en partant des développements qui précèdent. La sécurité juridique tend à *assurer la connaissance du droit par ses destinataires afin de leur permettre de planifier leurs comportements et garantir la prise en considération de leurs attentes légitimes*. Le principe de légalité, dont on a perçu les origines dès l'antiquité et, surtout, au Moyen-Âge²⁰⁷⁶, a pour objet de *prévenir l'arbitraire dans le chef des autorités* du

²⁰⁷⁰ Condition qui est déjà requise par la Cour et appréciée de façon large (voy. *supra*, n° 99).

²⁰⁷¹ La notion de droit subjectif en droit de l'Union mériterait assurément des développements substantiels qui dépassent l'ambition de notre recherche.

²⁰⁷² En ce sens, voy. *infra*, n° 491.

²⁰⁷³ Voy. notamment *supra*, les arrêts *Rumi* et *Zuckerfabrik* (n° 99).

²⁰⁷⁴ Sans que cette « différence de traitement » ne soit justifiée.

²⁰⁷⁵ D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, op. cit., p. 403.

²⁰⁷⁶ Voy. *supra*, notamment n° 179.

système juridique. Il prend un relief particulier dans l'État de droit, qui subordonne la légitimité de tout acte ou comportement adopté par une institution étatique à la condition qu'il repose sur une base légale et respecte les normes qui lui sont supérieures²⁰⁷⁷. Dans l'État démocratique, le principe de légalité offre « la garantie juridique que les sujets de droit ne pourront être soumis qu'aux décisions à l'élaboration desquelles ils auront été associés²⁰⁷⁸ ».

473. — Idéalement, sécurité juridique et légalité devraient aller de pair : « Quelle plus grande sécurité, en effet, que celle résultant de la stricte application de la loi?²⁰⁷⁹ ». Par cette question, l'avocat général Darmon annonçait le fait que les exigences du principe de légalité sont, dans le meilleur des mondes normatifs, de nature à favoriser le principe de sécurité juridique. Si nul n'ignore la loi, le respect du principe de légalité garantit en effet une meilleure prévisibilité juridique dès lors qu'il inscrit tout acte ou comportement des autorités dans un cadre prédéterminé²⁰⁸⁰. Il n'est donc pas surprenant que leurs objectifs respectifs amènent ces deux principes à partager certaines exigences, ce qui explique en partie leur confusion²⁰⁸¹. La publication des lois, si elle vise surtout la sécurité juridique, sert aussi la légalité dès lors qu'elle permet aux particuliers de contrôler l'action des autorités²⁰⁸². L'ambivalence

²⁰⁷⁷ En ce sens, P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 28-51 ; H.G. SCHERMERS et D. WELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., Kluwer, 2001, p. 64 ; D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 28 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Ed. Odile Jacob, 1997, p. 34 ; B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion... », *op. cit.*, p. 161 ; D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 12-13 ; N. LOSCHAK, « Le principe de légalité : mythes et mystifications », *A.J.D.A.*, 1981, n° 9, p. 388. Sur le lien entre légitimité et légalité, voy. *supra*, n° 441. Selon Kant, la légalité est la « simple conformité ou non-conformité d'une action avec la loi » (*Métaphysique des mœurs : doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 93).

²⁰⁷⁸ P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *op. cit.*, p. 32.

²⁰⁷⁹ Concl. de l'avocat général Darmon dans l'aff. 112/83, *Société des produits de maïs*, *Rec.* p. 728.

²⁰⁸⁰ En ce sens, voy. A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 68 ; D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *op. cit.*, p. 404. D. LOSCHAK écrivait, dans un article sur le principe de légalité : « Valorisante pour ceux qui s'y identifient, la norme est également sécurisante pour ceux qui s'y soumettent » (« Le principe de légalité : mythes et mystifications », *op. cit.*, p. 389).

²⁰⁸¹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 159 ; X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 190.

²⁰⁸² Sur l'obligation de motivation, voy. *infra*, n° 479.

entre sécurité juridique et légalité se marque encore dans les arrêts relatifs à la base légale des actes de l'Union²⁰⁸³. La condition que celle-ci soit « claire et non ambiguë » est certainement importante pour assurer un contrôle de légalité, mais peut également l'être dans un objectif d'accessibilité du droit, propre à la sécurité juridique. Ainsi, lorsque la Cour affirme « qu'une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë », elle peut à juste titre évoquer par la suite « les principes de légalité et de sécurité juridique²⁰⁸⁴ ». Certains arrêts examinés ci-avant montrent cependant qu'il n'est pas certain que les juridictions soient parfaitement conscientes de ces subtilités.

On l'a vu, la situation est aggravée par l'influence de la jurisprudence strasbourgeoise relative au critère de légalité²⁰⁸⁵. Incarnation de cette ambiguïté en tant qu'héritier des deux principes, le principe de légalité des délits et des peines exige que toute infraction ait une base légale mais également qu'elle soit accessible, claire, précise et prévisible²⁰⁸⁶. Citant explicitement les arrêts de la Cour européenne

²⁰⁸³ Voy. *supra*, la note n° 459. A. ARNULL souligne l'ampleur qu'a pris ce débat depuis l'adoption de la majorité qualifiée dans le processus décisionnel européen (*The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 548).

²⁰⁸⁴ C.J.U.E., 6 avril 2006, ED & F Man Sugar, C-274/04, pts 15 et 18. Le principe rappelé par la Cour avait déjà été énoncé dans son arrêt du 25 septembre 1984, même si celui-ci ne contenait de référence ni à la sécurité juridique ni à la légalité (Könecke, aff. 117/83, pt 11). *Stricto sensu*, le Tribunal ne se trompe pas davantage lorsqu'il relève « que le principe de légalité invoqué par la requérante à l'appui de sa thèse est reconnu, en droit communautaire, en ce sens qu'il exige qu'une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë », même si ces deux dernières exigences peuvent également être fondées sur la sécurité juridique (T.U.E., 30 mai 2006, Bank Austria, T-198/03, pt 68).

²⁰⁸⁵ Voy. *supra*, n° 362.

²⁰⁸⁶ M.-A. BEERNAERT, M. DE RUE et L. WATTIER, « L'accessibilité et l'intelligibilité du droit contemporain en matière pénale », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly. Loyauté, justice et vérité*, La Charte, Bruxelles, 2009, p. 27. M. VAN DE KERCHOVE et F. TULKENS distinguent, au sein du principe de légalité pénale, un aspect formel relatif à la qualité du pouvoir instituant et au fait que seule la loi peut incriminer, et un aspect substantiel qui est la sécurité juridique (*Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 3^e éd., Diegem, Story-Scientia, 1997, p. 174-179). Selon V. HOLDERBACH-MARTIN, dans le domaine pénal, les principes de légalité et de sécurité juridique coïncident (*Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 16). A. WEYEMBERGH conclut que le principe de légalité pénale « apparaît en définitive comme une traduction du principe fondamental de la sécurité juridique » (*L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, p. 273).

des droits de l'homme, la Cour de justice considère que ce principe « implique que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment » afin de permettre au justiciable de « savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale²⁰⁸⁷ ». A nouveau, si les exigences de clarté, de précision et de prévisibilité sont essentielles au principe de sécurité juridique, elles peuvent être considérées comme encadrant l'action des autorités chargées d'appliquer le droit, ce qui permet de limiter au maximum le risque d'arbitraire de leurs décisions dans le respect du principe de légalité.

474. — Dès les premières années de son existence, la Cour de justice a pourtant reconnu la distinction entre les deux principes et le fait qu'il convenait de les combiner selon un arbitrage au cas par cas²⁰⁸⁸. Dans son arrêt *Deutsche Milchkontor*, la Cour a, dans le même sens, relevé que « le souci d'assurer, sous des formes différentes, un équilibre entre, d'une part, le principe de la légalité et, d'autre part, le principe de sécurité juridique et de la confiance légitime est commun aux droits des États membres²⁰⁸⁹ ». Une telle distinction s'impose en effet, dans la mesure où ces principes poursuivent des objectifs différents (l'accès au droit et le respect des attentes, d'une part, la prévention de l'arbitraire,

Selon l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer, ce principe constitue « un droit fondamental de la personne, [qui] confère la sécurité juridique à tout un chacun [...] » (ses concl. dans les aff. C-74/95 et C-129/95, X, pt 53). L'avocat général Kokott évoque « la raison d'être du principe de la légalité des peines, c'est-à-dire le principe de la sécurité juridique [...] » (ses concl. dans les aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Silvio Berlusconi e.a., pt 159-160).

²⁰⁸⁷ Voy. C.J.U.E., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, qui se réfère à la jurisprudence strasbourgeoise (notamment C.E.D.H., *Coëme e.a. c. Belgique* du 22 juin 2000, pt 145 et *supra*, n° 359).

²⁰⁸⁸ Voy. *infra*, n° 508. Dans le même sens, voy. C.J.U.E., 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187*, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pt 69 (« [...] le principe de sécurité juridique implique [...] que son application doit être combinée avec celle du principe de légalité »).

²⁰⁸⁹ C.J.U.E., 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jtes 205 à 215/82, pt 30.

d'autre part)²⁰⁹⁰ et qu'ils sont susceptibles d'entrer en conflit²⁰⁹¹. Tel est généralement le cas lorsque les exigences strictes de la légalité s'opposent à la confiance que le système a pu susciter dans le chef des sujets de droit, et qui fonde l'argument de la sécurité juridique. On pense d'emblée au principe du respect de la chose jugée, qui empêche, au nom de cette dernière, de toucher à des décisions définitives, même illégales²⁰⁹², au retrait d'un acte administratif illégal, qui ne peut se faire qu'à la condition de respecter la confiance légitime de l'intéressé²⁰⁹³, ou à l'exigence d'un délai raisonnable pour la poursuite d'un comportement illégal²⁰⁹⁴. Les principes entrent également en conflit lorsque

²⁰⁹⁰ Dans le même sens, voy. P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel*, *op. cit.*, p. 110; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, *op. cit.*, p. 32. Il nous paraît donc inexact de considérer que le respect de la légalité relève de la sécurité juridique (J.-P. PUISSOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 149; B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion... », *op. cit.*, p. 161), ou qu'il est fondé par lui (concl. de l'avocat général Darmon dans l'aff. C-228/92, Roquette Frères, pt 26).

²⁰⁹¹ D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *op. cit.*, p. 404; A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 68-69; concl. de l'avocat général Darmon dans l'affaire 112/83, Société des produits de maïs, *Rec.* p. 728: « Il peut arriver que l'application totale et illimitée dans le temps d'une norme puisse porter un trouble grave à des situations jusqu'alors considérées comme définitives. Le principe de sécurité juridique se trouve alors en opposition avec le principe de légalité et il faut bien, dès lors, résoudre un tel conflit. »

²⁰⁹² Dès lors que ce principe fait partie de l'ordre juridique, il peut être argumenté qu'il n'y a pas d'exception au principe de légalité, *stricto sensu*. Sur les relations entre légalité et sécurité juridique par rapport à la chose jugée, voy. X. GROUSSOT et T. MINSEN, « *Res Judicata* in the Court of Justice Case-Law... », *op. cit.*, p. 385-417.

²⁰⁹³ Voy. *supra*, n° 38. X. GROUSSOT considère que le principe de confiance légitime donne lieu à un équilibre délicat entre l'intérêt individuel, qui se situe du côté de la sécurité juridique, et l'intérêt général, qui se situe du côté de la légalité (*General Principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 211).

²⁰⁹⁴ Voy. *supra*, n° 49. Dans certains cas, la limitation de ces poursuites est expressément prévue par le législateur par l'instauration d'un délai de prescription. Comme le relève le Tribunal, « la prescription, en empêchant que soient remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'écoulement du temps, tend à conforter la sécurité juridique mais peut également permettre la consolidation de situations qui étaient, à l'origine au moins, contraires à la loi » et « la mesure dans laquelle il y est fait recours résulte par conséquent d'un arbitrage entre les exigences de la sécurité juridique et celles de la légalité en fonction des circonstances historiques et sociales qui prévalent dans la société à une époque donnée » (T.U.E., 6 octobre 2005, Sumitomo Chemical, T-22/02, pts 81-82). Lorsque le délai est prévu par la loi, le principe de légalité est, en définitive, respecté.

la légalité préside à l'invalidation ou l'annulation du droit dérivé, à l'écartement du droit national, au revirement de jurisprudence ou à la solution nouvelle et que la sécurité juridique exige la modulation dans le temps des effets des décisions jurisprudentielles, surtout lorsqu'elle intervient sans base légale formelle²⁰⁹⁵.

475. — Il est possible, à partir des clarifications opérées, de poser un regard critique sur certains arrêts de la Cour. Elle nous semble empiéter sur les plate-bandes du principe de légalité lorsqu'elle affirme que l'« impératif de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques *emprunte* sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu²⁰⁹⁶ ». De même, elle entretient la confusion lorsqu'elle décide qu'une décision attaquée dispose d'une base légale dans le traité, que « le principe de légalité ayant donc été respecté, la décision attaquée constitue un acte certain dont l'application était prévisible pour les justiciables » et qu'elle en conclut que « (*p*)ar suite, cette décision n'est pas contraire au principe de sécurité juridique²⁰⁹⁷ ». Il n'existe en effet pas de lien de causalité entre le respect du principe de légalité et celui de sécurité juridique. En d'autres termes, le fait qu'une décision soit fondée sur une base légale, et donc respecte le principe de légalité, ne signifie pas nécessairement que celle-ci puisse être déterminée par son destinataire, ce qui est susceptible de constituer une violation de la sécurité juridique²⁰⁹⁸. Inversement, le fait que cette base légale soit identifiable

²⁰⁹⁵ Voy. *supra*, n^{os} 69-70. Dans ce cadre, une situation extrême et particulièrement rare consiste en la constatation par le juge européen qu'un acte est inexistant (voy., sur la question, *supra*, n^o 39; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 1099 et les réf. citées à la note 82 des concl. de l'avocat général Sharpston dans l'aff. C-345/06, Heinrich). L'action conjointe des principes de légalité et de sécurité juridique met ainsi en évidence un des paradoxes de la sécurité juridique, qui est de pouvoir entraîner l'annulation ou l'invalidité d'actes juridiques de l'Union et donc de créer une nouvelle insécurité juridique (P. POPELIER, « Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 65).

²⁰⁹⁶ C.J.U.E., 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91, pt 26 (nous soulignons). Voy. *supra*, n^o 27.

²⁰⁹⁷ C.J.U.E., 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, aff. jtes C-182/03 et C-217/03, pts 66-76 (nous soulignons).

²⁰⁹⁸ Certes, dans ce cas, une balance d'intérêts entre les deux principes aurait pu amener la Cour à faire prévaloir le principe de légalité, mais tel n'a pas été son raisonnement. De même, dans un arrêt *Fedesa*, les requérants ont-ils soutenu à tort – et sans que la Cour ne les corrige – que le principe de la sécurité juridique impliquait

n'entraîne pas automatiquement la légalité de l'acte litigieux, même s'il est vrai que la mention d'une base juridique erronée peut poser des problèmes de sécurité juridique. Le tribunal nous paraît également être dans l'erreur lorsqu'il qualifie d'inopérant, dans son arrêt *Gencor*, le grief fait à la Commission d'avoir forcé l'interprétation normale d'un règlement, en violation du principe de sécurité juridique, en réduisant le débat à la question de savoir si cette interprétation était correcte. Selon le tribunal : « Si tel est le cas, la décision est légale de ce point de vue et il n'y a pas de violation du principe de sécurité juridique. Si, au contraire, l'interprétation exacte du règlement est celle avancée par la requérante, la décision est entâchée d'un vice d'incompétence, auquel cas il n'est pas nécessaire de se prononcer sur une éventuelle violation du principe de sécurité juridique²⁰⁹⁹ ». Le tribunal semble perdre de vue que, selon une troisième possibilité, le fait que l'interprétation de la Commission soit légale n'empêche pas que le texte présente une ambiguïté telle qu'elle viole le principe de sécurité juridique.

476. — Ces exemples permettent de mesurer la nécessité de garder à l'esprit les portées respectives des principes de légalité et de sécurité juridique. Alors que le premier garantit les citoyens contre l'arbitraire des autorités, le second intime à ces dernières, d'une part de mettre à disposition des sujets de droit les dispositions leurs permettant de planifier leur comportement et, d'autre part, de respecter les attentes juridiques ainsi suscitées.

e) Le principe du délai raisonnable :

différents fondements pour différentes finalités (proposition n° 5)

477. — A l'instar du principe de légalité des délits et des peines²¹⁰⁰, la jurisprudence est hésitante en ce qui concerne le fondement de l'exigence de délai raisonnable, tour à tour dérivée du principe de sécurité juridique, du droit à un procès équitable voire du droit à une bonne administration²¹⁰¹. Et pour cause, ces fondements peuvent, à nouveau, être légitimement invoqués mais pour des raisons différentes. Sous

« que toute mesure prise par les institutions de la Communauté soit fondée sur une base rationnelle et objective », ce qui constitue une exigence du principe de légalité (C.J.U.E., 13 novembre 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, pt 8).

²⁰⁹⁹ T.U.E., 25 mars 1999, *Gencor*, T-102/96, pts 138-140 (voy. *supra*, n° 118).

²¹⁰⁰ Voy. *supra*, n° 473.

²¹⁰¹ Voy. *supra*, n° 136.

l'angle de la sécurité juridique, l'exigence d'un délai raisonnable doit permettre la planification par les particuliers des conséquences juridiques de leurs actes et la garantie que leur situation juridique ne sera plus remise en cause après un certain temps. Il s'agit de protéger la confiance des sujets de droit dans une situation qui, peu à peu, semble avoir recueilli l'assentiment ou bénéficié de la tolérance des autorités. Comme l'écrivait Demogue : « A l'idée de sécurité se rattache, non seulement la stabilité du droit, mais la rapidité des procédures. Un droit retardé dans son application est déjà un droit blessé²¹⁰² ». Du point de vue du procès équitable, un souci comparable peut être identifié mais il s'agit surtout d'éviter que l'écoulement du temps ne vienne entraver la capacité de défense des particuliers²¹⁰³. Quant au droit à une bonne administration, il constitue l'équivalent administratif du droit à un procès équitable mais également le pendant, en termes d'obligation dans le chef des autorités administratives, du droit protégé par le principe de sécurité juridique.

478. — L'ambiguïté porte évidemment à conséquence lorsque les juridictions semblent limiter le moyen basé sur le délai raisonnable au respect des droits de la défense, perdant de vue l'enjeu distinct de la sécurité juridique. On se rappellera que certains arrêts ont décidé que la violation d'un délai raisonnable ne pouvait entraîner l'irrecevabilité d'un recours ou justifier l'annulation d'une décision qu'en tant qu'elle emporterait également une violation des droits de la défense. Si la Cour paraît limiter cette restriction au recours en manquement, le Tribunal semble l'avoir étendue au domaine de la concurrence²¹⁰⁴. Or, s'il faut considérer que l'éventuelle violation des droits de la défense conditionne, sur le plan du fond, la remise en cause d'une décision sur la base de la violation du délai raisonnable²¹⁰⁵, il nous paraît que le fondement de la sécurité juridique serait définitivement compromis. Il poursuit pourtant une finalité différente de celle du respect des droits de la défense et mérite un traitement distinct et une protection

²¹⁰² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 66.

²¹⁰³ L'article 6 de la Convention pose le respect d'un délai raisonnable en tant qu'exigence autonome mais dans le cadre du droit au respect à un procès équitable (voy. également l'article 5, § 3 de la Convention).

²¹⁰⁴ Voy. *supra*, n° 111.

²¹⁰⁵ Il pourrait s'agir d'un autre dommage collatéral de la logique formulaire (voy. *supra*, n° 345 et *infra*, n° 480).

autonome²¹⁰⁶. Dans un arrêt récent, la Cour de justice a, du reste, conclu à l'absence de violation du « principe de sécurité juridique, dont le principe du caractère raisonnable de la durée des procédures administratives constitue une expression²¹⁰⁷ ».

2. Une motivation de *circonstance*

479. — L'importance qu'a pris l'exigence de motivation des décisions de justice peut être rapprochée des tournants argumentatif et procédural qui ont marqué la pensée juridique de la seconde moitié du siècle dernier²¹⁰⁸ et s'illustre par le succès du droit au procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁰⁹. Elle témoigne de la reconnaissance de l'impact juridictionnel sur le droit, de l'évolution de la conception de la légitimité, qui se mérite au moins autant qu'elle se présume, et elle s'inscrit parfaitement dans

²¹⁰⁶ On relèvera le caractère discutable d'un motif qui assène sans nuances qu'un « délai même déraisonnable ne saurait en soi rendre [une] décision litigieuse illégale et ainsi justifier son annulation en raison d'une violation du principe de la sécurité juridique », dès lors qu'il « resterait impossible d'adopter un acte valable, étant donné que l'acte qui devrait remplacer l'acte annulé ne pourrait être moins tardif que celui-ci » (T.U.E., 19 mars 1997, Oliveira, T-73/95, pt 47 ; voy. également l'arrêt *Branco* du 27 janvier 2000, *supra* n° 107). Dans l'esprit strasbourgeois, il reste possible d'envisager l'adoption d'un acte dépourvu de ses conséquences préjudiciables. Dans une logique fiduciaire de la sécurité juridique, le caractère tardif d'une décision n'est pas critiqué de façon isolée mais en tant qu'il est combiné avec une conséquence négative pour le sujet de droit.

²¹⁰⁷ C.J.U.E., 7 avril 2011, Grèce/Commission, C-321/09 P, pt 41. Le Tribunal a décidé que « dans tous les cas autres que ceux pour lesquels le législateur a défini un délai ou l'a explicitement exclu, le respect d'un délai raisonnable est requis. En effet, la base juridique de la fixation d'un délai raisonnable en cas de silence des textes est le principe de sécurité juridique qui fait obstacle à ce que les institutions et les personnes physiques ou morales agissent sans limite temporelle, risquant de mettre en péril la stabilité des situations juridiques acquises » (T.U.E., 14 décembre 2011, Allen, T-433/10 P, pt 26).

²¹⁰⁸ Pour un compte rendu historique de l'obligation de motiver, voy. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'obligation de motiver les actes de juridiction en droit belge », in *Rapports belges au X^e congrès international de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 458 et s. ; Ph. GODDING, « Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen-Âge à la fin du XVIII^e siècle », in *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 37-67 ; B. FRYDMAN, « L'évolution des critères... », *op. cit.*, p. 22-25.

²¹⁰⁹ Voy. notamment C.E.D.H., Hirvisaari c. Finlande, 27 septembre 2001, § 30-33 ; Karakasis c. Grèce, 17 octobre 2000, § 27 ; Garcia Ruiz c. Espagne [GC], 21 janvier 1999, § 26 ; Hadjianastassiou c. Grèce, 16 décembre 1992, § 33. Voy. également les arrêts *Taxquet* du 13 janvier 2009 et du 16 novembre 2010 [GC].

le paradigme de la confiance. Comme l'écrit Perelman, dès lors qu'il est inévitable que les jugements soient « fonction de jugements de valeur », il est normal que le juge, « détenteur d'un pouvoir, dans un régime démocratique », doive « rendre compte de la manière dont il en use par la motivation²¹¹⁰ ». De la sorte, le contrôle de la motivation ne doit plus être réservé aux juridictions supérieures mais à un groupe élargi de destinataires, auditoire particulier dont l'idéal est constitué par l'auditoire universel²¹¹¹. Il en résulte que la qualité de la décision ne s'évalue plus uniquement en fonction de son contenu mais également de sa motivation²¹¹². Les raisons de cette obligation sont multiples. Dans l'optique de la finalité courte de la fonction de juger, il s'agit non seulement de prévenir l'arbitraire du juge, mais également de garantir aux parties à la cause que leurs moyens ont été examinés et qu'elles seront à même de comprendre la décision, afin de déterminer leurs chances de recours le cas échéant²¹¹³. La motivation permet en outre aux juridictions supérieures d'apprécier le raisonnement du juge et à celui-ci de contrôler sa propre subjectivité. Enfin, sous l'angle de la finalité longue de l'acte juridictionnel, elle éclaire les tiers sur la portée de la décision et sur son éventuel impact sur la jurisprudence²¹¹⁴. En cela, l'exigence de motivation rejoint le principe de sécurité juridique en ce qu'il requiert l'accessibilité intellectuelle du droit jurisprudentiel.

480. — L'obligation de donner des motifs s'impose également aux juridictions de l'Union, même à défaut d'instance supérieure pour

²¹¹⁰ Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 422.

²¹¹¹ Sur l'auditoire universel, voy. Ch. PERELMAN, *Ethique et droit*, op. cit., p. 134 et s. Cette notion est inspirée de la communauté des interprètes de Peirce (Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, op. cit., p. 232-233).

²¹¹² B. FRYDMAN, « L'évolution des critères... », op. cit., p. 23-24.

²¹¹³ A. PAPAUX précise que l'« acceptabilité » d'une décision ne signifie pas son « acceptation » mais implique de pouvoir convaincre un citoyen raisonnable, d'où l'obligation de motivation (*Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., p. 163).

²¹¹⁴ R. LEGROS, « Considérations sur les motifs », in *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 7. P. MARTENS évoque la fonction « pédagogique » de la motivation (« Peut-on transiger avec les droits de l'homme », in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice*, Larcier, 2010, p. 8). Sur les finalités courte et longue de l'acte de juger, voy. *supra*, note n° 2021.

contrôler les décisions de la Cour²¹¹⁵. Dans un arrêt *Vidranyi*, celle-ci a évoqué « un principe général qui impose à toute juridiction l'obligation de motiver ses décisions, en indiquant notamment les raisons qui l'ont amenée à ne pas retenir un grief formellement invoqué devant elle²¹¹⁶ ». Elle a précisé par la suite que l'obligation de motivation qui incombe au Tribunal « n'impose pas à ce dernier de fournir un exposé qui suivrait, de manière exhaustive et un par un, tous les raisonnements articulés par les parties au litige et la motivation du Tribunal peut donc être implicite à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les raisons pour lesquelles le Tribunal n'a pas fait droit à leurs arguments et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle²¹¹⁷ ». Si l'arrivée à la Cour des juges danois et anglais en 1972 a permis de dépasser la motivation laconique à la française²¹¹⁸, les dérives de la logique formulaire continuent à masquer les incertitudes du processus juridictionnel²¹¹⁹. Sous des apparences argumentatives, la logique formulaire promeut souvent une répétition purement formelle de formules à succès qui manquent parfois de pertinence, voire embrouillent inutilement le destinataire immédiat de la décision ainsi que l'ensemble de ses lecteurs²¹²⁰.

481. — Il est possible de formuler trois propositions qui, à décision égale, offriraient une plus grande lisibilité voire, du point de vue d'une conception interactionnelle du droit, une plus grande légitimité à la jurisprudence européenne. Elles sont relatives à l'adéquation de la mobilisation du principe de sécurité juridique en général (a), et de sa

²¹¹⁵ L'article 36 du statut de la Cour dispose que « (l)es arrêts sont motivés ». Il est applicable au Tribunal des articles 53, 1^{er} alinéa, du statut, et 81 du règlement de procédure du Tribunal.

²¹¹⁶ C.J.U.E., 1^{er} octobre 1991, *Vidrányi*, C-283/90 P, pt 29. Sur l'obligation de motivation qui s'impose au Tribunal, voy. notamment C.J.U.E., 25 octobre 2007, *Ermioni Komninou e.a.*, C-167/06 P, pt 22.

²¹¹⁷ C.J.U.E., 20 mai 2010, *Gogos*, C-583/08 P, pt 30 et la jurispr. citée.

²¹¹⁸ H. RUIZ FABRI, « Débats », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), Pedone, Paris, 2008, p. 201.

²¹¹⁹ En ce sens, voy. E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, op. cit., p. 130-131 ; M.P. MADURO, *We the Court*, op. cit., p. 20. Sur cette logique formulaire de la jurisprudence de l'Union, voy. *supra*, n° 345.

²¹²⁰ Voy. l'arrêt *Mbanga* cité *supra*, note 1519.

logique politique en particulier (b) et à la transparence du raisonnement des juridictions de l'Union (c).

a) *Une motivation adéquate : ni trop ni peu* (proposition n° 6)

482. — L'ancien juge de la Cour Pierre Pescatore affirmait à juste titre qu'on « affaiblit l'autorité du principe de la sécurité juridique en le faisant intervenir à tout propos, dans des situations où il aurait été possible sans doute, avec un peu d'imagination, de trouver d'autres arguments mieux adaptés au contexte²¹²¹ ». Il est en effet préférable de ne pas invoquer ce principe lorsqu'il n'est pas indispensable ou ne constitue pas un bon argument pour justifier la solution, sous peine de porter atteinte à la confiance qu'il peut susciter²¹²². La jurisprudence qui fait du principe de l'intangibilité de l'acte adopté par l'autorité compétente un facteur essentiel de sécurité juridique devrait ainsi être fondée sur le principe de légalité, dès lors qu'elle vise avant tout à assurer que l'acte notifié ou publié constitue une copie exacte de l'acte adopté et donc à prévenir l'arbitraire²¹²³. Il ne paraît pas non plus nécessaire de considérer, comme l'ont fait les juridictions de l'Union, que la responsabilité de l'État en cas de faute commise par une juridiction doit être limitée « eu égard à la spécificité de la fonction juridictionnelle *ainsi qu'aux exigences légitimes de la sécurité juridique*²¹²⁴ » ou que le fait, pour les institutions de l'Union, d'exiger des moyens de preuve qui ne peuvent être produits par des opérateurs économiques est « contraire aux principes *de sécurité juridique* et du respect des droits de la défense²¹²⁵ ». S'il est vrai que la motivation des juridictions dépend des moyens invoqués par les parties, que la prudence incite à soulever tous les arguments imaginables, la référence à la sécurité juridique n'était, en l'espèce, ni nécessaire, ni même pertinente pour la question de la

²¹²¹ P. PESCATORE, « Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 34.

²¹²² Voy. notamment les exemples cités par J. BOULOUIS, « Quelques observations... », *op. cit.*, p. 57. Il écrit ailleurs qu'il espère du juge européen « qu'il en fasse un usage moins étendu s'il souhaite que ce principe conserve un minimum de signification propre » (*Grands arrêts de la Cour de justice*, *op. cit.*, p. 82).

²¹²³ Voy. *supra*, n° 34. Pour mémoire, ce principe interdit aux institutions de l'Union de modifier un acte affectant la situation juridique et matérielle des sujets de droit lorsqu'il a été adopté, sauf à respecter les règles de compétence et de procédure.

²¹²⁴ C.J.U.E., 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo/Italie, C-173/03, pts 28-36 (nous soulignons).

²¹²⁵ T.U.E., 26 septembre 2000, Starway, T-80/97, pt 112 (nous soulignons).

limitation de la responsabilité étatique ou du caractère raisonnable des moyens de preuve exigés des opérateurs économiques.

483. — Dans d'autres cas, la sécurité juridique peut être pertinente mais paraît moins appropriée qu'un autre principe. Les juridictions devraient alors privilégier une approche de l'application des principes généraux en termes de subsidiarité, consistant à ne faire intervenir un principe général que si, et dans la mesure où il n'existe pas un autre principe général plus adapté à la situation soumise au juge et qui permet à lui seul une solution équivalente²¹²⁶. L'exigence selon laquelle, en cas de litige sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, la Commission doit avancer des éléments de preuve propres à établir l'existence des faits litigieux²¹²⁷, ou selon laquelle toute requête adressée à la Cour doit contenir, de façon cohérente et compréhensible, les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels se fonde le requérant²¹²⁸, peuvent certes avoir du sens du point de vue de la sécurité juridique²¹²⁹. En ce qu'elles imposent la communication des moyens qu'il est possible de faire valoir contre la Commission ou le requérant, elles mobilisent en effet une exigence d'accessibilité du droit. Il nous paraît cependant que leur fondement principal est le respect des droits de la défense et qu'il suffirait à obtenir la protection recherchée²¹³⁰.

484. — A l'inverse, il arrive que la Cour motive ses décisions sans viser le principe de sécurité juridique alors que, eu égard aux critères établis par sa propre jurisprudence, celui-ci aurait sans doute pu ou du être utilisé. Tel est le cas lorsque les juridictions de l'Union européenne estiment que l'administration ne peut sans raison s'écarter d'une directive interne énonçant une règle de conduite indicative de la pratique

²¹²⁶ L'approche de subsidiarité ne se justifie pas lorsqu'il existe des situations dans lesquelles deux ou plusieurs principes généraux ont une vocation égale à s'appliquer, mais poursuivent des objectifs distincts et offrent une protection différente, comme pour l'exigence de délai raisonnable qui est fondée tantôt sur la sécurité juridique, tantôt sur les droits de la défense (voy. *supra*, n°s 477-478).

²¹²⁷ T.U.E., 7 juillet 1994, *Dunlop Slazenger*, T-43/92, pt 79 ; 12 juillet 2011, *Mitsubishi Electric Corp.*, T-133/07, pt 241 et la jurispr. citée.

²¹²⁸ Voy. *supra*, n° 53.

²¹²⁹ Il en va de même de l'exigence de motivation même si celle-ci vise, avant tout, à éviter l'arbitraire et donc à protéger le principe de légalité.

²¹³⁰ Sur le lien entre procès équitable et sécurité juridique, en ce qu'ils partagent l'exigence d'un droit clair pour permettre de faire valoir des droits en justice, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 397.

à suivre²¹³¹ ou qu'elles interdisent aux États membres toute mesure susceptible de créer une ambiguïté sur le caractère européen d'un texte, sur son entrée en vigueur ou sur sa portée²¹³². Dans un arrêt du 3 mars 1988, la Cour de justice a ainsi considéré, en omettant toute référence à ce principe, qu'une « législation ambiguë » qui maintenait « pour les sujets de droit concernés un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées » de recourir au droit de l'Union ne satisfaisait pas à « l'obligation de transposition d'une directive en droit national²¹³³ ». Il est vrai que ces solutions peuvent également se fonder sur le principe de coopération loyale, qui met davantage l'accent sur l'obligation dans le chef des États membres que sur la protection des particuliers. Enfin, évitant toute référence à la sécurité juridique et à son arrêt *Winner Wetten*²¹³⁴, la Cour a récemment décidé que la juridiction nationale pouvait, exceptionnellement et à certaines conditions, faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à maintenir certains effets d'un acte national pris sur la base d'une directive en matière environnementale et annulé par cette juridiction²¹³⁵. Or, la volonté d'éviter tout vide juridique, qui a justifié plusieurs limitations dans le temps des effets d'arrêts d'annulation ou d'invalidité, est essentiellement fondée sur le

²¹³¹ C.J.U.E., 30 janvier 1974, *Louwage*, aff. 148/73, pt 12.

²¹³² C.J.U.E., 7 février 1973, *Commission/Italie*, aff. 39/72, pts 16-17 ; 10 octobre 1973, *Variola*, aff. 34/73, pts 10-11 ; 2 février 1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76, pt 7.

²¹³³ C.J.U.E., 3 mars 1988, *Commission/Italie*, aff. 116/86, pt 21. Il va de soi que cette solution repose au moins autant sur des considérations d'effectivité.

²¹³⁴ Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 72. En résumé, la Cour avait suggéré dans cet arrêt la possibilité de suspendre provisoirement l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci.

²¹³⁵ C.J.U.E., 28 février 2012, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, C-41/11, pts 49-63. L'acte national litigieux était considéré comme constituant une transposition correcte de la directive 2001/42, sauf en ce qui concernait l'obligation prévue par cette directive de procéder à une évaluation environnementale préalable.

principe de sécurité juridique, qui tend à assurer aux sujets de droit la fiabilité de l'environnement... juridique²¹³⁶.

*b) Logique politique v. logique subjective :
les particuliers d'abord (proposition n° 7)*

485. — Dans les hypothèses où il existe un conflit entre les logiques politique et subjective de la sécurité juridique, nous plaçons, sous réserve des nuances déjà évoquées²¹³⁷, pour que *l'argument* de la sécurité juridique soit mobilisé en priorité en faveur des particuliers. Répétons-le, cette proposition ne se situe pas sur le plan du fond de l'affaire mais bien au niveau de l'argumentation proposée, telle qu'elle ressort de la motivation des décisions²¹³⁸. B. Pacteau estimait « choquant » de faire « grief à une personne d'avoir méconnu une règle qu'elle ne pouvait connaître²¹³⁹ ». Dans une conception interactionnelle du droit, opérant dans le paradigme de la confiance, il nous semble bien plus grave de fonder ce grief sur le principe de sécurité juridique. En d'autres termes, nous suggérons que, lorsque priorité est accordée à l'intérêt de l'Union, elle soit motivée par d'autres arguments que celui de la sécurité juridique, tels que l'obligation de coopération loyale, l'effectivité, l'effet utile, la primauté, voire l'intérêt de l'Union²¹⁴⁰.

Il en va ainsi lorsque la Cour adopte, sur la base du principe de sécurité juridique, des délais ayant pour conséquence de rendre irrecevable l'action introduite par des individus ou des États membres en l'absence de toute disposition légale préalablement portée à leur connaissance ou qu'elle interprète un délai ambigu d'une façon qui leur est défavorable²¹⁴¹. Dans son arrêt *Eagle*, le tribunal a justifié l'instauration préto-rienne d'un délai d'action sous prétexte qu'il servirait « en particulier, dans ce cadre, l'objectif, lié à la sécurité juridique, d'éviter d'exposer le budget communautaire à des dépenses attachées à un fait générateur

²¹³⁶ Comme le rappelle explicitement la Cour dans son arrêt *Winner Wetten* (C-409/06, pt 66 : « Le maintien des effets d'un acte de l'Union annulé ou invalidé, qui a pour objet de ne pas laisser naître un vide juridique [...], peut se justifier en présence de considérations impérieuses de sécurité juridique »).

²¹³⁷ Voy. *supra*, n°s 448-450.

²¹³⁸ Des propositions seront formulées plus tard quant au fond (*infra*, n°s 493-504).

²¹³⁹ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque? », *op. cit.*, p. 155.

²¹⁴⁰ En ce sens, voy. *infra*, point c).

²¹⁴¹ Voy. notamment les arrêts cités *supra*, n° 138.

trop éloigné dans le temps », qu'il « en est en tout cas ainsi lorsque, comme en l'espèce, l'action introduite a un objet exclusivement pécuniaire et ne saurait avoir pour conséquence une modification des rapports juridiques entre l'institution communautaire concernée et les requérants ou entre cette institution et ses agents » et que, par conséquent « la sécurité juridique que l'exigence d'un délai raisonnable vise en l'espèce à protéger est par conséquent essentiellement celle dont doivent bénéficier les finances communautaires²¹⁴² ». Très clairement, dans un cas de figure comme celui-ci, où aucune situation juridique n'est en jeu, c'est surtout un principe de sécurité économique qui est protégé et, plus fondamentalement, l'intérêt de l'Union. A nouveau, il ne s'agit pas tant de critiquer la légitimité de la solution retenue (la protection des finances de l'Union) que la motivation qui la soutient (l'exigence de sécurité juridique). Dans le même sens, la jurisprudence *TWD*, qui fonde la limitation prétorienne du recours à l'exception d'illégalité sur la sécurité juridique nous apparaît critiquable, particulièrement à l'égard de la société *TWD* elle-même, pour laquelle cette solution était tout à fait imprévisible²¹⁴³. Il paraît en outre difficile d'admettre, dans une logique fiduciaire de la sécurité juridique, que, lorsque plusieurs

²¹⁴² T.U.E., 5 octobre 2004, Eagle, T-144/02, pt 70. Sur cet arrêt, voy. *supra*, n°s 49 et 138. Dans d'autres arrêts, la Cour a évoqué la sécurité juridique « indispensable (au) bon fonctionnement » des institutions (C.J.U.E., 14 avril 1970, Nebe, aff. 24/69, pt 5 ; 17 février 1972, Richez-Parise, aff. 40/71, pt 6).

²¹⁴³ Cette décision pose également problème sur le fond. La charge que met la Cour sur les épaules des sujets de droit, particulièrement les néophytes du droit de l'Union, paraît disproportionnée eu égard à l'incertitude qui entoure la qualité de « destinataire » de la norme européenne. La Cour attend-elle de tous les consommateurs qu'ils introduisent un recours en annulation contre les textes de droit dérivé qui les concernent, afin d'éviter que leur soit opposée ultérieurement « l'exception *TWD* » ? La même question aurait pu se poser pour les passagers aériens dans l'arrêt *Sturgeon*, rendu sur question préjudicielle (voy. *supra*, n° 355). L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer soulignait ainsi le caractère « très discutable » de cette jurisprudence et les importantes objections qu'elle soulève et invitait la Cour soit à en faire une élaboration plus précise, soit à la supprimer (ses concl. dans les aff. jtes C-346/03, C-529/03, Atzeni e.a., pt 88). Voy. également les conclusions plus nuancées de l'avocat général Jacobs avant l'arrêt *TWD* (Rec. 1994, p. 844, pt 26) et les propositions des avocats généraux Kokott et Mengozzi visant à restreindre la portée de cette jurisprudence, respectivement dans les aff. C-343/09, Afton Chemical Ltd (pts 18-23) et C-550/09, E F (pts 84 et s.). Voy., en outre les critiques d'A. BARAV (« Déviation préjudicielle », *op. cit.*, p. 229-230 et 243-244), de R. MEHDI (« Variations sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 188) ainsi que les réf. citées par C. NAOMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen, op. cit.*, n° 478.

décisions individuelles similaires infligent des amendes dans le cadre d'une procédure commune et que certaines ont été annulées à l'initiative de leurs destinataires, la sécurité juridique s'opposerait à ce que « l'institution dont elles émanent doive, à la demande d'autres destinataires, réexaminer, à la lumière des motifs de l'arrêt d'annulation, la légalité des décisions non attaquées²¹⁴⁴ ».

L'arrêt *Lofaro* nous paraît particulièrement bien illustrer les errements susceptibles d'être commis en matière de motivation, derrière une apparence de rigueur et une profusion de motifs. Il offre un nouvel exemple de l'utilisation du principe de sécurité juridique à l'encontre de sa logique subjective. Les articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires européens prévoient les délais applicables aux recours contre les décisions en matière de fonction publique. L'article 90, § 2 dispose que « la réclamation doit être introduite dans un délai de trois mois », et que l'autorité investie du pouvoir de nomination « notifie sa décision motivée à l'intéressé dans un délai de quatre mois à partir du jour de l'introduction de la réclamation ». Dans l'affaire *Lofaro*, un agent temporaire avait envoyé sa réclamation contre la décision le licenciant dans le délai de trois mois mais, celle-ci ayant été reçue par la Commission après l'échéance de ce délai, la question se posait de savoir comment interpréter la notion d'« introduction » d'une réclamation. Saisi d'un pourvoi contre une ordonnance prononcée par le Tribunal de la fonction publique ayant rejeté la demande en annulation de la décision de licenciement, le Tribunal considéra, après avoir rappelé que « les délais de réclamation et de recours sont d'ordre public et ne sauraient être laissés à la disposition des parties et *du juge* », que, « la disposition de l'article 90, paragraphe 2, du statut fixant le délai de réclamation est interprétée, selon une *jurisprudence* bien établie, dans le sens que la date à prendre en considération, pour apprécier si une réclamation a été introduite dans le délai prescrit, est celle de la réception de cette réclamation par l'institution concernée ». Selon le Tribunal, « le principe de sécurité juridique, exigeant que les points de départ et d'arrivée des délais applicables soient clairement déterminés et respectés de manière rigoureuse [...], s'oppose à la prise en considération de deux dates distinctes en ce qui concerne l'introduction de la réclamation, à savoir, d'une part,

²¹⁴⁴ C.J.U.E., 14 septembre 1999, *AssiDomän*, C-310/97 P, pt 63. Commentant cet arrêt, TRIDIMAS estime qu'il s'agit d'une « indication of undue formalism » (*The General Principles of EU law*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 250).

la date d'envoi de la réclamation afin de déterminer si celle-ci a été introduite dans le délai prescrit et, d'autre part, la date de réception de cette réclamation par l'institution concernée afin de définir le point de départ du délai de réponse à la réclamation ». Le tribunal donne ensuite trois raisons lui permettant de conclure que « seule la prise en considération de la date de réception de la réclamation permet de répondre aux exigences du principe de sécurité juridique²¹⁴⁵ ».

Tout d'abord, ce principe exige que tout acte de l'administration qui produit des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé. Or, poursuit le tribunal, la procédure précontentieuse vise à mettre l'autorité investie du pouvoir de nomination en mesure de connaître de façon suffisamment précise les critiques que les intéressés formulent à l'encontre de la décision contestée. Dès lors que « c'est uniquement à la date de la réception d'une réclamation que l'institution concernée est mise en mesure de prendre connaissance du contenu de cette réclamation », le Tribunal estime qu'il « s'ensuit que seule la date de réception de celle-ci peut être prise en considération pour déterminer le point de départ du délai de réponse imparti à l'administration²¹⁴⁶ ». Le raisonnement du Tribunal ne permet pas d'adhérer au lien de causalité entre l'argument et sa conséquence. Même à le suivre sur l'importance d'une date unique pour la computation des deux délais, on ne voit guère en quoi le fait d'amputer de quelques jours le délai de quatre mois de la Commission empêcherait celle-ci de prendre connaissance des griefs du fonctionnaire. En outre, comme le rappelle le tribunal lui-même, l'exigence que l'acte soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé vise un acte de l'administration à destination d'un particulier, et non l'inverse. Le tribunal opère un véritable détournement de logique formulaire, au profit de la logique politique de la sécurité juridique.

Ensuite, poursuit la juridiction, « la prise en considération de la date de la réception de la réclamation, afin d'apprécier si cette dernière a été présentée dans le délai prescrit, ne prive pas l'intéressé de son droit, consacré par la jurisprudence [...], d'utiliser pleinement les délais de recours », le requérant se fondant sur la « prémisse erronée » selon laquelle le statut lui accorderait « un délai de trois mois entiers pour

²¹⁴⁵ T.U.E., 18 décembre 2008, Lofaro, T-293/07 P, pts 29-33 (nous soulignons). Le tribunal écrit que les délais ne peuvent être laissés à la disposition des juges mais confirme que ce sont ceux-ci qui ont participé à établir le régime du délai de réclamation dans le domaine de la fonction publique.

²¹⁴⁶ *Ibidem*, pts 33-35 (nous soulignons).

la préparation de la réclamation », alors qu'il lui incombe « de veiller à introduire sa réclamation dans le délai prescrit, en tenant compte du temps d'acheminement prévisible de cette réclamation par voie postale », cette durée ne présentant pas « en règle générale, de caractère imprévisible²¹⁴⁷ ». En d'autres termes, il serait contraire au principe de sécurité juridique de diminuer le délai de quatre mois dont dispose la Commission mais il s'impose de raccourcir celui du fonctionnaire, à concurrence de la durée du « temps d'acheminement prévisible » d'une réclamation par voie postale, à déterminer aux risques et périls du requérant, qui doit se consoler de ce que cette durée n'est, selon les termes du tribunal, pas imprévisible « en règle générale ».

Enfin, le tribunal refuse l'argument du requérant, pourtant fondé sur la jurisprudence de la Cour et du Tribunal²¹⁴⁸, selon lequel le principe de sécurité juridique impose d'interpréter l'article 90, § 2, du statut dans le sens le « plus favorable à l'intéressé dont les droits sont lésés face à l'administration », arguant que « les règles relatives aux délais de réclamation et de recours ne visent ainsi pas seulement à assurer la protection de la sécurité juridique à l'égard des intéressés, mais également à assurer la stabilité des situations juridiques dans l'intérêt général²¹⁴⁹ ». Outre le fait que le tribunal ne précise pas en quoi une interprétation favorable aux particuliers empêcherait de stabiliser les situations juridiques dans l'intérêt général, il fait complètement abstraction de la logique subjective du principe de sécurité juridique²¹⁵⁰.

*c) Une motivation transparente : soumettre les mots
aux choses (proposition n° 8)*

486. — Une des façons d'améliorer la motivation des décisions du point de vue de la logique fiduciaire de la sécurité juridique serait de

²¹⁴⁷ T.U.E., 18 décembre 2008, Lofaro, T-293/07 P, pts 36 et 38.

²¹⁴⁸ Voy. notamment C.J.U.E., 16 décembre 1960, Humblet, aff. 6/60, *Rec.* p. 1150 : « Il y a lieu d'appliquer le principe selon lequel, dans le doute, une disposition instituant des garanties juridictionnelles ne saurait être interprétée de façon restrictive au détriment du justiciable ». Voy. également T.U.E., 8 mars 1990, Maindiaux e.a., T-28/89, pt 52 ; C.J.U.E., 11 août 1995, Cavarzere e.a., C-1/94, pts 30-31 ; T.U.E., 16 juillet 1998, Regione Toscana, T-81/97, pt 52.

²¹⁴⁹ T.U.E., 18 décembre 2008, Lofaro, T-293/07 P, pt 39.

²¹⁵⁰ On imagine mal en quoi l'intérêt général souffrirait des quelques jours de différence dans les cas litigieux relatifs à la date de l'envoi. En outre, en l'espèce, il s'agissait d'une décision de licenciement et non le résultat d'un concours dont la remise en cause serait susceptible d'avoir un impact sur d'autres candidats.

renforcer la transparence des motifs qui animent les juges, sous peine de priver les justiciables du sens réel de leurs décisions. Les parties à la cause ne sont pas à même de déterminer dans quelle mesure leurs attentes légitimes ont vraiment été prises en compte et les autres sujets de droit ne peuvent faire confiance à ces arrêts « mirages de prévisibilité » afin de fonder des prévisions pour l'avenir²¹⁵¹. Sans aller jusqu'à adopter les exigences radicales de certains réalistes américains, il paraît raisonnable d'attendre d'une juridiction qu'elle reconnaisse explicitement le revirement de jurisprudence qu'elle opère²¹⁵². De même, si le juge européen préfère annoncer des nouveaux principes ou des modifications importantes du droit existant dans des décisions où ils ne sont pas susceptibles d'avoir un impact, rien n'empêche que cela soit fait de façon explicite²¹⁵³. En outre, la compréhension par les sujets de droit de la jurisprudence de l'Union s'enrichirait certainement de la reconnaissance du rôle joué par l'intérêt de l'Union et par l'équité. Enfin, et de façon quelque peu inattendue, cette reconnaissance permettrait de limiter les recours suscités par des formulations jurisprudentielles trop générales, qui ne visaient qu'à rencontrer la situation concrète soumise aux juges de l'Union²¹⁵⁴.

487. — L'intérêt de l'Union, on l'a vu, constitue un véritable paradigme d'arrière plan des décisions des juridictions de l'Union²¹⁵⁵. En ce qui concerne le principe de sécurité juridique, si sa prise en compte est

²¹⁵¹ L'expression est de Leisner (voy. *supra*, n° 307).

²¹⁵² Voy. notamment les contorsions de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Emmott* (*supra*, n° 140). Il n'est pas certain qu'il soit possible de confirmer aujourd'hui la tendance relevée en 1999 par A. ARNULL, selon laquelle la Cour reconnaîtrait davantage ses revirements de jurisprudence suite à l'influence scandinave (*The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 537). Il est vrai que les attentes envers les précédents sont censées être moins fortes (ou moins légitimes) dans les systèmes qui ne reconnaissent pas de caractère contraignant aux précédents (O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 419). Sur les réalistes, voy. *supra*, n°s 260-265.

²¹⁵³ Les traités européens n'interdisent pas l'arrêt de règlement, même s'il est vrai que la Cour refuse en principe de trancher des questions hypothétiques (voy. *supra*, note n° 1523).

²¹⁵⁴ Voy. les exemples discutés dans F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation », in *L'unité des libertés de circulation*. In *varietate concordia*?, E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 104; S. CURRIE, « Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the Court's ruling in *Metock* », *E.L.R.*, 2009, p. 310-326.

²¹⁵⁵ Sur l'impact de l'intérêt de l'Union, voy. *supra*, n°s 381-383.

parfois reconnue²¹⁵⁶, parfois imposée²¹⁵⁷, elle est le plus souvent implicite, voire clandestine²¹⁵⁸. Il ne s'agit pas de pécher par excès de naïveté. La complexité des enjeux auxquels doivent faire face les juridictions de l'Union ne lui permettront sans doute pas de faire preuve d'une transparence totale et systématique mais il nous semble que l'impact de l'intérêt de l'Union doit pouvoir se refléter davantage dans une motivation explicite. Cela forcerait notamment les juridictions à justifier pourquoi ce dernier doit, le cas échéant, prévaloir sur des intérêts concurrents²¹⁵⁹.

488. — Quant à l'équité, bien qu'elle joue un rôle important dans la jurisprudence de la Cour, elle n'a jamais été consacrée en tant que principe général du droit²¹⁶⁰. Plusieurs auteurs lui contestent toute prétention à acquérir un tel statut, arguant qu'elle n'appartient pas à la sphère du droit positif²¹⁶¹ ou qu'elle est la « partie la plus concrète » de l'ordre juridique alors que les principes généraux en constituent « la

²¹⁵⁶ Comme le rappelle le Tribunal, « S'il convient de veiller au respect des impératifs de la sécurité juridique protégeant des intérêts privés, il importe également de mettre ces impératifs en balance avec les impératifs tirés de la protection des intérêts publics » (T.U.E., 13 mars 2003, Martí Peix, T-125/01, pt 111). Il en va notamment ainsi lorsque la Cour justifie le refus de mesures transitoires lors de l'adoption de règles nouvelles ou modifiant une situation existante (voy. *supra*, n° 125).

²¹⁵⁷ Tel est le cas lorsque la Cour de justice subordonne l'application par les juridictions nationales des principes de sécurité juridique et de confiance légitime à la prise en considération de l'intérêt de l'Union (C.J.U.E., 12 mai 1998, Steff-Houlberg Export e.a., C-366/95, pt 36; 16 juillet 1998, Oelmühle e.a., C-298/96, pt 24; 9 octobre 2001, Flemmer e.a., aff. jtes C-80/99 à C-82/99, pt 61; 19 septembre 2002, Huber, C-336/00, pts 56-57).

²¹⁵⁸ Dans le même sens, voy. J.-Cl. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 213; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 429. Voy. également les conclusions précitées de l'avocat général Cosmas dans l'aff. C-83/98 P, Ladbroke Racing, évoquant les rares situations de récupération d'aides d'État où « la nécessité de garantir l'intérêt communautaire perdra de sa force tandis qu'un surcroît de vigueur sera insufflé à celle de la protection de l'opérateur de bonne foi » (pt 89).

²¹⁵⁹ Comme le relève S. CALMES, « La jurisprudence communautaire recourt le plus souvent à un "intérêt public impérieux" pour "sauver" une mesure qu'aucun paramètre ne justifie » (*Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 387 et les réf. citées).

²¹⁶⁰ Voy. *supra*, n° 384.

²¹⁶¹ V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 34; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 184-186. Selon P. PESCATORE, « (l)'équité n'est pas un principe au sens propre du terme; il s'agit, bien au contraire, d'un tempérament qui, pour des motifs souvent impondérables, permet d'atténuer la rigueur de certaines règles juridiques » (« Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 48).

plus haute abstraction existante dans le tout complexe d'un ordre juridique positif²¹⁶² ». Or, le premier argument repose sur une pétition de principe (l'équité n'est pas du droit, donc elle ne peut être un principe général) et le second gagne à être réexaminé à l'aune de nos développements relatifs aux principes généraux. S'il est vrai qu'ils sont, par définition, généraux et abstraits, comme la notion d'équité du reste, leur intervention sur la scène juridictionnelle est tout autant subordonnée à leur capacité de concrétisation dans le cas d'espèce²¹⁶³. Notre héritage intellectuel est ainsi fait qu'il paraît difficile aux juristes continentaux de faire sortir l'*epikie* de sa clandestinité, lieu qui, par définition, n'est pas propice à l'émancipation de la sécurité juridique. En contraste avec la chape de plomb des années positivistes, une partie de la doctrine semble pourtant s'être réconciliée avec la notion²¹⁶⁴. Or, si la fonction de juger consiste bien à dire le droit et faire justice²¹⁶⁵, rien ne s'oppose, selon nous, à sa reconnaissance explicite par les juridictions de l'Union, le cas échéant en tant que principe général de droit. Cette consécration pose d'autant moins problème, du point de vue de la sécurité juridique, que les relations entre les deux notions sont nettement moins conflictuelles qu'elles ne le semblent à première vue²¹⁶⁶.

3. Un raisonnement construit : une valse à deux temps (proposition n° 9)

489. — Dans un commentaire des arrêts *Opel Austria* du Tribunal et *De Compte* de la Cour²¹⁶⁷, P. Mengozzi observait que la méthode des juridictions de l'Union en matière de confiance légitime s'opérait dorénavant en deux étapes. Dans un premier temps, le juge vérifie l'aptitude

²¹⁶² M. ROTONDI, « Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien », trad. F. Pissart et P. Quaden, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Gény*, Topos, Vaduz, 1977, p. 409.

²¹⁶³ En ce sens, M. AKEHURST estime que la reconnaissance des principes généraux comme source de droit international rend l'équité redondante en tant que concept séparé, cette dernière étant simplement une catégorie de principes généraux (« Equity and General Principles of Law », *op. cit.*, p. 814).

²¹⁶⁴ J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », *op. cit.*, p. 896 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, *op. cit.*, p. 206 ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *op. cit.*, p. 97 ; A. GIRARDET, « L'équité du juge : si on levait le voile ? », in *Justice et Equité*, *op. cit.*, p. 1.

²¹⁶⁵ Voy. *infra*, n°s 493-504.

²¹⁶⁶ Voy. *infra*, n° 495.

²¹⁶⁷ Sur ces arrêts, voy. *supra*, n°s 121 et 398.

de l'acte de l'Union à faire naître une confiance légitime et, si tel est le cas, procède dans un second temps à une pondération entre les intérêts particuliers et l'intérêt de l'Union²¹⁶⁸. Dès lors que cet intérêt joue un rôle majeur dans l'application du principe de sécurité juridique, il nous semble que les juridictions de l'Union devraient adopter un raisonnement qui serait structuré afin de lui reconnaître la place qu'il occupe, *de facto*. A cet égard, la méthode en deux temps mise en évidence par P. Mengozzi pourrait être systématiquement adoptée lorsqu'intervient le principe de sécurité juridique²¹⁶⁹.

490. — Dans le cadre d'une approche fiduciaire, cela implique d'accepter une double relativisation de la portée annoncée par la logique cartésienne. Les juges européens vérifieraient d'abord si les circonstances de l'affaire qui leur est soumise justifient l'application du principe de sécurité juridique. Il s'agit, pour faire simple, de déterminer s'il a été illégitimement porté atteinte au « contrat social européen » du point de vue de la fiabilité du droit. Cette atteinte peut consister en toute action des autorités qui mettrait à mal des attentes légitimement fondées par des particuliers sur le complexe juridique existant ou sur un comportement, un acte voire une abstention de ces autorités. Les cas de figure ne manquent pas, de la mise à disposition insuffisante du droit applicable à l'écart impronptu par rapport au droit en vigueur ou à une pratique administrative constante. Dans cette évaluation, il doit être tenu compte à la fois de la nature dynamique et « non mécaniste » du droit et de la prévisibilité que sont légitimement en droit d'attendre des sujets de droit de bonne foi et « normalement » prudents et diligents²¹⁷⁰. Etant donné les inévitables contraintes de la rationalité juridique, ceux-ci ne peuvent

²¹⁶⁸ P. MENGOZZI, « Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime: De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du marché unique européen*, 1997, p. 19-25. Pour mémoire, l'avocat général Léger avait également justifié de retenir la balance d'intérêts comme troisième condition du principe de confiance légitime en se référant à cet arrêt.

²¹⁶⁹ Ce raisonnement devrait être généralisé pour le principe de confiance légitime, à l'instar du Tribunal dans un arrêt plus récent (T.U.E., 12 septembre 2007, Koninklijke Friesland Foods, T-348/03, pts 138-140).

²¹⁷⁰ Dans le même sens, E.W. THOMAS estime que la pertinence et l'applicabilité de la « *certainty* » doit être démontrée dans chaque cas particulier. A cette fin, les parties doivent montrer que le droit est relativement établi et qu'ils ont agi sur cette base (*The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 136). Sur l'opportunité d'opérer une distinction selon les sujets de droit qui sont concernés, voy. *infra*, n^{os} 498-500.

en effet exiger des règles absolument claires, dépourvues de toute ambiguïté, frappées du sceau de la permanence ou dont l'application serait parfaitement déterminable *a priori*. Pour reprendre la terminologie de la théorie des troubles de voisinage, il y a violation du principe de sécurité juridique dès lors que l'acte ou le comportement de l'autorité excède la mesure des inconvénients juridiques ordinaires de tout ordre juridique. Cela signifie qu'une certaine atteinte à ses exigences peut être requise pour justifier sa violation. Comme l'a déjà relevé la Cour, ce principe ne pourra entraîner l'annulation d'un acte que s'il souffre « d'une telle ambiguïté qu'elle ferait obstacle » à ce que son destinataire « ne puisse lever avec une certitude suffisante d'éventuels doutes » sur sa portée ou son sens. Le mécanisme de proportionnalité intervient donc déjà à ce stade, et implique une première relativisation des prétentions cartésiennes de la sécurité juridique²¹⁷¹.

491. — Dans un second temps, en cas d'atteinte à la sécurité juridique, il y a lieu de procéder à une balance d'intérêts afin de déterminer si cet intérêt à la sécurité juridique doit prévaloir sur d'autres intérêts juridiquement protégés²¹⁷². Comme tout principe général, la sécurité juridique pose en effet, selon la terminologie de Robert Alexy, une exigence d'optimisation qui fait intervenir le mécanisme de proportionnalité, l'optimisation des possibilités juridiques étant essentiellement définie par les principes concurrents²¹⁷³. Même si on tente d'établir certaines relations conditionnelles de priorité, dans le sens voulu par le philosophe du droit allemand, il faut accepter l'impossibilité de déterminer à l'avance tous les cas de figure susceptibles de se présenter et l'inévitable pesée d'intérêts que le juge devra opérer. Il ne s'agit pas pour autant de donner un blanc-seing à l'arbitraire jurisprudentiel. Au contraire, il incombe au juge de justifier en quoi tel intérêt doit prévaloir en l'espèce. Comme le précise O. De Schutter, il faut être attentif

²¹⁷¹ Selon M.A. FRISON-ROCHE et A. BARANES, « Comme le juste peut s'appréhender non comme un point de parfaite justice mais comme ce qui n'est pas injuste et se définir ainsi comme une gradation de situations à partir de l'injustice, de la même façon, la loi est intelligible non parce qu'elle serait parfaitement claire mais tant qu'elle n'est pas manifestement incompréhensible » (« Le principe constitutionnel... », *op. cit.*, p. 363).

²¹⁷² Parmi ces intérêts, la Cour doit notamment avoir égard à la finalité longue de la logique subjective de la sécurité juridique (voy. *supra*, n^{os} 448-450 et *infra*, n^{os} 503-504).

²¹⁷³ Voy. *supra*, n^o 396 et note n^o 1823.

aux dangers de la métaphore de la balance qui donne à penser que les intérêts qu'elle pèse sont déjà donnés et « lestés d'un poids qu'il suffirait au juge de reconnaître ». Il suggère à juste titre d'y substituer une conception délibérative de l'opération de pesée des intérêts, qui prendrait acte de la capacité de ces derniers à se transformer au cours de l'échange d'arguments durant le procès²¹⁷⁴.

Dans cette optique, la sécurité juridique n'est plus considérée comme une valeur absolue mais comme un argument s'inscrivant parmi d'autres dans le discours juridique et dont le poids peut varier selon les situations²¹⁷⁵. Il est ainsi possible d'envisager une protection différenciée selon le type d'attente et, surtout, selon les conséquences d'une éventuelle déception. La Cour procède déjà de la sorte, ou à tout le moins affirme procéder ainsi, lorsqu'elle estime que les exigences de la sécurité juridique s'imposent avec une « rigueur particulière » aux règles entraînant des conséquences défavorables pour des particuliers²¹⁷⁶. Un simple espoir peut ne pas justifier la même protection qu'un droit conféré explicitement par un acte de droit dérivé ou dont l'apparente existence est imputable aux autorités. De même, une promesse des autorités qui n'a pas eu de conséquence pratique pourrait avoir moins de force que l'engagement qui a entraîné des investissements économiques importants. On se souviendra que la Cour avait opéré une distinction en termes de protection de la confiance légitime entre une société qui n'avait « jamais fait état de manière concrète d'investissements déjà réalisés ni d'engagements déjà pris » et des entreprises qui auraient subi, en l'absence de mesures transitoires, « des dommages en raison d'investissements effectués ou d'engagements pris dans le passé, à un moment où la légalité du régime fiscal concerné n'était pas mise en cause²¹⁷⁷ ». Lorsque le poids de l'argument a été évalué, il doit être confronté aux autres intérêts en jeu, qu'ils soient individuels, étatiques ou qu'il s'agisse de l'intérêt de l'Union. Si l'opposition entre intérêts

²¹⁷⁴ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, op. cit., p. 14-18 ; « Les cadres du jugement juridique », op. cit., p. 189.

²¹⁷⁵ En ce sens, voy. L. WINTGENS, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, op. cit., p. 157-166 et 175 ; E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, op. cit., p. 137-138.

²¹⁷⁶ Voy. notamment C.J.U.E., 7 juin 2005, VEMW e.a., C-17/03, pt 80 et la jurispr. citée *supra*, n° 26.

²¹⁷⁷ Voy. *supra* l'arrêt *Campina*, n° 95. Dans le même sens, voy. J.-Cl. GAUTRON, « Le principe de protection de la confiance légitime », op. cit., p. 214.

particuliers et intérêt public ne doit pas nécessairement se résoudre en faveur du second²¹⁷⁸, il en va *a fortiori* de même de l'intérêt de l'Union. Il nous semble au contraire que, dès lors que les attentes des particuliers sont considérées comme étant suffisamment légitimes que pour justifier une protection juridique, il conviendrait de poser une présomption réfragable selon laquelle elles doivent prévaloir, à charge pour les autorités d'établir en quoi l'intérêt de l'Union doit primer dans ce cas particulier. Il ne faut en effet pas perdre de vue que tant l'énonciation que l'application des règles de droit relèvent principalement du fait de ces dernières.

492. — Cette chute apparente du principe de son piédestal n'est en fait que la reconnaissance de la pratique des juridictions de l'Union, qui correspond à l'abandon inévitable, voire souhaitable de la conception cartésienne de la sécurité juridique²¹⁷⁹. Contrairement à ce qu'on pourrait penser d'emblée, cette acceptation de la pondération d'intérêts opérée par le juge dans l'examen de la sécurité juridique peut être un moyen de redonner de la crédibilité, voire de la légitimité au principe²¹⁸⁰. Plutôt que de constater, presque systématiquement et le plus souvent en dépit de la réalité, que la sécurité juridique n'a pas été violée car l'atteinte dénoncée était prévisible, le juge peut reconnaître au justiciable, aux termes d'une appréciation raisonnable de prévisibilité, le caractère légitime de sa prétention mais justifier, le cas échéant, en quoi celle-ci ne peut triompher dans la configuration qui se présente.

²¹⁷⁸ P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, op. cit., p. 86 et 108 ; O. DE SCHUTTER, « Les cadres du jugement juridique », op. cit., p. 178. Ce dernier qualifie de « perspectivisme » la circonstance selon laquelle, lorsque les parties au litige ont des tailles différentes, l'équilibre entre leurs intérêts tend à favoriser celle de plus grande taille (généralement l'État) (*ibid.*, p. 185-186).

²¹⁷⁹ Voy. *supra*, le chapitre I de cette troisième partie et *infra*, les conclusions générales.

²¹⁸⁰ On serait tenté, en paraphrasant à notre tour Dworkin, de considérer que la seule façon de prendre au sérieux la sécurité juridique est de la prendre moins au sérieux. Dans les mots d'un autre philosophe américain : « Any philosophy that in its quest for certainty ignores the reality of the uncertain in the ongoing processes of nature denies the conditions out of which it arises [...] » (J. DEWEY, *The Quest for Certainty*, op. cit., p. 244 et 250).

4. Une « pensée par cas » : dire le droit, faire justice

493. — Il s'agit en substance de plaider dans les lignes qui suivent pour une remise à l'honneur de la casuistique. Dans l'optique d'une conception interactionnelle du droit qui repose sur l'idée de confiance des individus dans les institutions, il est indispensable que la spécificité de chaque affaire puisse être prise en considération. Certes, il sera rétorqué que la Cour de justice assume principalement un contentieux objectif et non subjectif et que, lorsque des particuliers sont concernés, son rôle se limite essentiellement à une démarche interprétative et à un contrôle de légalité. Dans le cadre du contentieux préjudiciel, la Cour ne s'occupe pas des faits de la cause et il incombe aux juridictions nationales de prendre en compte les spécificités du cas particulier. Une telle conception nous paraît cependant exagérément simpliste. Outre le fait qu'elle repose sur une distinction trop radicale entre le fait et le droit²¹⁸¹, elle ne rend pas compte de l'interventionnisme parfois très important de la Cour dans les litiges nationaux²¹⁸², pas plus qu'elle ne fait justice à son œuvre de promotion des droits individuels, légitimée par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux et sa consécration en tant que norme de droit primaire. Outre la Charte, les traités eux-mêmes lui intiment de veiller au respect des droits qu'ils contiennent et d'examiner les situations individuelles lorsqu'elle vérifie l'intérêt à agir des particuliers ou la nécessité de déterminer ceux des effets d'un acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs. En tout état de cause, la démarche casuistique s'impose dès lors que le cas « semble pouvoir résister à tout effort pour le dissoudre, par abstraction ou par synthèse, dans l'anonymat de l'une des formes déjà normées ou formalisées de la pensée du général ou de l'universel²¹⁸³ ». Si la volonté de la Cour de justice de légitimer sa jurisprudence est réelle²¹⁸⁴, nous affirmons qu'elle doit accepter non seulement de dire le droit, comme le lui impose le traité, mais également de chercher à faire justice, comme

²¹⁸¹ Pour une critique de cette distinction en droit belge, voy. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 66 et s. Voy. également *supra*, n° 320.

²¹⁸² Voy. *supra*, n° 379. Du reste, lorsqu'elle énonce des principes trop abstraits ou laisse trop de marge de manœuvre aux juridictions nationales, la réponse préjudicielle est souvent jugée insatisfaisante par ces dernières (voy. notamment l'exemple discuté dans A. BAILLEUX et N. BONBLED, « De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre) », *op. cit.*, p. 219-253).

²¹⁸³ J.-Cl. PASSERON et Cl. RAVEL, « Raisonner à partir de singularités », *op. cit.*, p. 12.

²¹⁸⁴ Voy. *supra*, n°s 304, 339-340, 345, 365 et 406.

le lui impose la fonction de juger²¹⁸⁵. Non seulement une telle mission n'est pas incompatible avec l'exigence de sécurité juridique mais elle est souvent dictée par sa logique fiduciaire. En outre, elle permet, lorsqu'elle est assumée, d'éviter une multiplication des recours justifiés par une formulation juridictionnelle trop générale, destinée à masquer le caractère casuistique de la solution adoptée.

Après avoir brièvement envisagé les rapports entre justice et sécurité juridique (a), nous formulerons nos trois dernières propositions qui s'articulent autour de l'importance du cas particulier (b à d).

a) *Justice et sécurité juridique*

494. — Il convient en effet de sortir d'une conception binaire opposant de façon trop radicale la sécurité juridique et la justice. Plusieurs auteurs estiment qu'elles constituent les deux buts essentiels de tout système juridique²¹⁸⁶, unis dans une relation décrite comme étant houleuse, voire conflictuelle²¹⁸⁷. A défaut de pouvoir en fournir une définition

²¹⁸⁵ Et comme le suggère sa dénomination. Sur la question, voy. F. OST, *Dire le droit, faire justice*, *op. cit.*

²¹⁸⁶ Voy. notamment, en ce sens, J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 217-219; Ch. PERELMAN, « Ordre juridique et consensus », *op. cit.*, p. 131; P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice... », *op. cit.*, p. 277. Certains ajoutent à ces deux objectifs le progrès social. Sur cette trilogie, voy. outre les écrits de Radbruch (*supra*, n° 250), *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*, Travaux de la troisième session de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, t. 3, Sirey, Paris, 1938; S. TABBAH, « La trilogie: sécurité, justice et progrès social », *op. cit.*, p. 467; A. L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 6. Selon Th. Piazzon, la sécurité juridique est un moyen de réaliser l'ordre social, la flexibilité est un moyen d'atteindre le progrès social et l'équité est le moyen d'atteindre la justice (*La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 13).

²¹⁸⁷ P.-H. NEUHAUS, « Legal certainty versus Equity in the conflict of laws », *op. cit.*, p. 796; J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « La notion de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 449; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 485; S. BERTEA, « Towards a New Paradigm of Legal Certainty », *op. cit.*, p. 42 et les réf. citées. P. Pescatore y voit plutôt une « relation de la condition (la sécurité) par rapport au bien conditionné (la justice) » (*Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 414). Il écrira, vingt-cinq ans plus tard, que l'« ambiguïté foncière » du principe de sécurité juridique est qu'il se trouve dans « un rapport dialectique avec l'idée de justice », en ce sens que « l'affirmation des exigences de sécurité peut aller aux dépens de la justice et vice versa » (« Les principes généraux du droit... », *op. cit.*, p. 26).

satisfaisante²¹⁸⁸, on peut, avec Perelman, définir la justice formelle comme le « principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon²¹⁸⁹ », même si la règle de justice devrait nous indiquer, non pas comment il faut traiter deux êtres identiques, mais comment il faut traiter de façon juste des êtres qui, précisément, ne le sont pas. Cependant, la réalité est plus compliquée car souvent plusieurs « catégories essentielles » de justiciables entrent en concurrence, auquel cas il convient de recourir à l'équité, cette « béquille de la justice » qui « intervient là où deux formalismes viennent à se heurter²¹⁹⁰ ». Fr. Ewald estime que « l'équité n'est pas l'absence de règle, mais une règle dont la rationalité est telle qu'elle ne peut se formuler dans les termes d'une règle de droit écrit » et que le juge, amené à en faire usage, « ne crée ni la conscience collective, son référent, ni les principes, sa traduction juridique » mais qu'« il produit seulement de la juridicité, du droit », limitant d'autant « son pouvoir de création : sa décision se doit de recueillir un certain consensus²¹⁹¹ ».

²¹⁸⁸ Comme le relève FULLER, nous pouvons savoir ce qui est parfaitement injuste sans savoir précisément à quoi ressemble la justice parfaite (*The Morality of Law*, op. cit., p. 12). Dans une démarche comparable, E. CAHN définit la justice comme étant le processus actif consistant à remédier à ou prévenir ce qui éveille le sentiment d'injustice (*The Sense of Injustice*, op. cit., p. 13-14).

²¹⁸⁹ Dans le même sens, voy. M. VAN DE KERCKHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 140 ; J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », op. cit., p. 890 ; E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, op. cit., p. 128-130 ; H.W.R. WADE, « The concept of legal certainty... », op. cit., p. 187.

²¹⁹⁰ Ch. PERELMAN, *Ethique et droit*, op. cit., p. 119 et 127 ; Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, op. cit., 1963, p. 42, 45-46 et 155. Selon J. RENAULD, la justice vise le respect du principe d'égalité dans un objectif de généralisation alors que l'équité a pour objectif « d'assurer le respect, dans les relations avec autrui, de valeurs humaines qui varieront selon les époques, mais qui ont pour caractère essentiel de dessiner un certain idéal moral et ne se restreignent donc point au respect formel d'une égalité abstraite ni à la simple observance « externe » de la règle » (« Principes généraux du droit et équité », op. cit., p. 890-891). DE PAGE refuse également d'identifier l'équité à la justice : « Le droit poursuit la réalisation du juste comme l'équité » et « l'équité est un facteur d'amélioration du juste par rapport au juste que nous offre le donné légal » (*A propos du gouvernement des juges*, op. cit., p. 159).

²¹⁹¹ F. EWALD, *L'État Providence*, Grasset, Paris, 1986, p. 496 et 510. Plusieurs auteurs refusent de définir l'équité (voy. Ph. JESTAZ, *Rép. Civ.*, v° Equité ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », op. cit., p. 89). Comme l'écrit H. DE PAGE : « Toute la question est là : l'équité peut-elle être définie ? Tâche décevante ! Les juristes y ont renoncé, les philosophes se perdent dans leur verbalisme habituel – et les juges l'appliquent en toute sérénité » (*A propos du gouvernement des juges*, op. cit., p. 159). A défaut d'enfermer la notion d'équité dans une définition, on peut néanmoins la concevoir comme un *micro-événement*, au sens de Badiou, qui vient

L'incompatibilité entre les notions d'équité et de sécurité juridique est souvent soulignée²¹⁹². Et pour cause, la sécurité juridique vise la prévisibilité du droit alors que l'équité paraît être radicalement imprévisible, puisqu'elle tient à la prise en compte du cas particulier, le cas échéant lorsqu'il diffère de l'hypothèse abstraite prévue par la loi²¹⁹³. Cette vision doit cependant être nuancée.

495. — Certains théoriciens du droit scandinaves distinguent, à côté du sens formel de la sécurité juridique qui vise la prévisibilité des décisions juridiques, un sens matériel qui inclut leur acceptabilité au regard d'autres considérations morales²¹⁹⁴, voire la conformité du droit avec la justice et l'équité²¹⁹⁵. Sans être aussi radical, il n'est pas insensé de considérer que des décisions rendues en équité puissent, dans certains cas, rencontrer davantage les exigences de prévisibilité des parties que

supplémenter la rencontre d'un complexe juridique et d'une situation factuelle à l'aide de valeurs méta-positives (sur la notion d'événement, voy. *supra*, n° 387).

²¹⁹² P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 415 ; Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, *op. cit.*, p. 172 ; J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », *op. cit.*, p. 881 ; E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, *op. cit.*, p. 136 ; Fr. R. COUDERT, *Certainty and Justice*, *op. cit.*, p. 1 ; M. ROSENFELD, « The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy », *op. cit.*, p. 1347. Selon le rapport de la commission de Venise sur la prééminence du droit, l'« indispensable sécurité juridique n'oblige cependant pas à appliquer des dispositions de manière inflexible, au point de faire abstraction des préceptes [...] d'équité » (*op. cit.*, p. 11).

²¹⁹³ P. MOOR résume ainsi la « profonde différence qu'il y a entre la justice et le droit » : « La justice est imprévisible et risquée, parce qu'elle statue sans être liée à une méthode préétablie » (*Pour une théorie micropolitique du droit*, *op. cit.*, p. 147).

²¹⁹⁴ A. PECZENIK, *On Law and Reason*, *op. cit.*, p. 25-26 (« 'predictability of legal decisions' implies 'predictability of legal decisions based on legal rules'; the latter implies 'predictability of legal decisions based on morally acceptable interpretation of legal rules'; and this implies 'predictability and moral acceptability of legal decisions' »).

²¹⁹⁵ A. AARNIO, « Introduction », *op. cit.*, p. 4. Voy. pour d'autres références et pour une évaluation critique, P. COMANDUCCI, « Aarnio and legal certainty », *Rechtstheorie*, 1995, p. 26-27 (et les réf. citées) et p. 41-42. Un de leurs successeurs est même allé encore plus loin, diluant le concept de sécurité juridique dans un cocktail juridique quelque peu indigeste : « One might argue that I have drafted too broad a definition of legal certainty. The colloquial terms, such as predictability, continuity, stability, efficiency, equality and acceptability, might describe the vagueness of the conception of legal certainty. However, the mere legal positivist approach to legal certainty would appear to stress too much the predictability aspect and the source-based and analytical approach to interpret the EU law by relying on primary norms, secondary norms and the case law » (J. RAITIO, « The Principle of Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 72).

le traitement technique d'une question juridique complexe²¹⁹⁶. Et pour cause, tant la logique fiduciaire de la sécurité juridique que l'équité s'opposent à des décisions qui viendraient surprendre les justiciables, et donc porter atteinte à la confiance qu'ils ont pu fonder dans le système juridique. Certes, lorsque plusieurs parties sont impliquées dans un litige, elles n'auront sans doute pas la même appréciation de ce que devrait être la « bonne » décision dans leur litige. Il n'empêche qu'il s'agit d'une donnée qui doit être prise en compte par le juge, à tout le moins quand il procède à des « aménagements raisonnables » entre les intérêts en jeu²¹⁹⁷.

496. — La jurisprudence de la Cour de justice montre du reste que les deux notions conduisent souvent à la même solution, au point de prêter le flanc à la critique de certains auteurs²¹⁹⁸. Un examen rapide des arrêts

²¹⁹⁶ En ce sens, voy. E.W. THOMAS, *The Judicial Process*, op. cit., p. 121; R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, op. cit., p. 228; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 87; A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 249-250. Voy. aussi le texte de Llewellyn cité par Fuller, et la conviction de Hayek relative au fait que les jugements seraient davantage susceptibles d'être prévisibles s'ils se référaient à une conception de ce qui est juste plutôt qu'en se tenant à la lettre des codes (*supra* n^{os} 263 et 278). E. CAHN inclut le respect des attentes légitimes parmi les fonctions de la justice. Selon lui, il existe une attente légitime que les cours et tribunaux discernent ce qui est utile et bon dans les nouvelles situations, le sentiment d'injustice étant aussi grand face à une régularité asservissante que dans un changement inconsidéré. Plus loin, il conclut qu'il n'est pas de sécurité sans justice (*The Sense of Injustice*, op. cit., p. 21, 35, 180-185). Th. PIAZZON écrit, pour sa part, que « (l)a sécurité juridique ne réside plus tant dans l'ordre clair et incontesté de la loi que dans la justice faite à l'individu » (*La sécurité juridique*, op. cit., p. 356). S. CALMES estime que le principe de sécurité juridique, dans sa dimension subjective de protection de la confiance légitime, est « l'expression d'une « justice du cas individuel » » (*Du principe de protection de la confiance légitime*, op. cit., p. 168). Selon J. MERTENS DE WILMARS et J. STEENBERGEN, « le développement jurisprudentiel des figures juridiques comme le principe du respect de la confiance légitime semble indiquer que l'équité et la sécurité juridique se rencontrent dans les systèmes de droit continental, tout comme le *Common Law* et l'*Equity* se sont rencontrés dans l'histoire du droit anglais [...] » (« La notion de sécurité juridique... », op. cit., p. 453).

²¹⁹⁷ Sur la notion de concordance pratique, voy. *infra*, n^{os} 503-504.

²¹⁹⁸ J. BOULOUIS, *Grands arrêts de la Cour de justice*, op. cit., p. 82 (« La sécurité juridique n'est rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité ou de sa discrétionnarité »); V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, op. cit., p. 472 (« Mais, lorsque la seule mention de la sécurité juridique constitue le fondement de l'arrêt, en réalité, il s'agit d'un jugement en équité »). Deux anciens magistrats de la Cour expliquent le recours par celle-ci à des « notions plus

dans lesquels le recours à la sécurité juridique a été couronné de succès suggère souvent l'influence de considérations d'équité²¹⁹⁹. Si le droit transitoire jurisprudentiel est généralement fondé sur le principe de sécurité juridique, il ménage également l'équité en protégeant les relations juridiques établies de bonne foi. L'exception à ce mécanisme en faveur des personnes qui ont introduit un recours à la date de l'arrêt, peut être justifiée par des motifs d'équité mais elle permet également de ne pas décevoir les attentes légitimes des personnes qui ont introduit, à juste titre, une procédure. Les arrêts *Levez* et *Cofidis*, dans lesquels la Cour a condamné des règles nationales limitant respectivement la possibilité pour le juge d'écarter, après un certain délai, des clauses contractuelles abusives et le droit d'obtenir des arriérés de rémunération remontant deux ans avant l'introduction d'un recours, sont tous deux fondés sur le principe d'effectivité du droit de l'Union²²⁰⁰. Dans les deux cas, cependant, il est difficile de ne pas y voir l'influence de considérations d'équité et de sécurité juridique, dès lors qu'ils concernaient, respectivement, des employés et des consommateurs ignorant leurs droits et opposés à des employeurs ou des professionnels malveillants ou en situation de supériorité. Dans un arrêt *Steff-Houlberg*, la Cour a considéré que le droit de l'Union ne s'opposait pas, à certaines conditions, à la prise en compte d'un motif d'équité prévu par le droit national, afin exclure, après l'écoulement d'un certain délai, la répétition d'aides indûment versées²²⁰¹, alors que le fondement généralement invoqué par les juridictions nationales dans ce cas de figure est la sécurité juridique. Enfin, les arrêts « suspension de livraison de lait », dans lesquels la Cour est venue au secours de producteurs de lait pénalisés pour avoir

souples » comme celles d'équité ou de sécurité juridique par la volonté de vouloir tempérer la rigueur du contrôle objectif de légalité à la française qui est à l'origine des procédures de la Cour (J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 157). Ce type de contrôle, expliquent-ils, « a toujours paru un peu "sec", un peu rigide et un peu réducteur du rôle du juge, contraint à une fonction quasi mécanique, à beaucoup de nos partenaires » (*ibid.*, p. 158).

²¹⁹⁹ Voy. notamment les arrêts *Meiko*, *Crispoltoni* et l'arrêt du Tribunal du 15 novembre 2007, Hongrie/Commission, T-310/06, pt 62-69, *supra* n° 46.

²²⁰⁰ Voy. *supra*, n°s 140-141.

²²⁰¹ C.J.U.E., 12 mai 1998, *Steff-Houlberg Export e.a.*, C-366/95, pt 36. Dans ses conclusions avant le célèbre arrêt *Algera*, l'avocat général Lagrange plaidait déjà pour le retrait de décisions illégales dans un délai raisonnable car « il serait choquant pour l'équité de permettre à une administration de revenir sur des situations acquises, même illégales qui ont produit leurs effets pendant de nombreux mois, voire des années » (*Rec.* p. 156).

suivi une législation de l'Union, constituent probablement le meilleur exemple de l'alliance entre confiance légitime et équité²²⁰².

497. — Ces arrêts confortent une conception interactionnelle du droit de l'Union, dans laquelle la confiance et la bonne foi jouent un rôle déterminant dans la prise en considération des caractéristiques de chaque cas. La logique fiduciaire de la sécurité juridique exige en effet des juridictions de l'Union qu'elles accordent davantage d'importance à la situation particulière qui leur est soumise. Cette obligation peut se décliner en trois propositions relatives à la nécessité de tenir compte de la rationalité limitée des sujets de droit (b), notamment dans le contrôle du principe de confiance légitime (c), et de favoriser une concordance pratique entre les finalités courte et longue de la logique subjective de la sécurité juridique (d).

b) Une rationalité limitée : l'erreur est humaine
(proposition n° 10)

498. — Il s'agit ici de se débarrasser de l'équivalent subjectif de la conception d'un droit mécaniste et prévisible, à savoir le mythe de l'individu parfaitement rationnel et prévoyant. Les théories économiques et cognitives ont montré l'aporie de cette définition de l'être humain, qui doit composer avec une rationalité limitée²²⁰³. Si ces limites affectent les autorités lorsqu'elles adoptent, appliquent ou interprètent le corpus normatif, il en va *a fortiori* de même des sujets de droit, qui en sont

²²⁰² Voy. *supra*, n° 124. Comme l'ironisait E. SHARPSTON, actuellement avocat général à la Cour, cette jurisprudence s'explique tout simplement par le fait que « l'avocat général Slynn et la Cour ne pouvaient supporter une petite injustice de rien du tout » (« Milk Lakes, Sloms and Legitimate Expectations – a Paradigm in Judicial Review », *op. cit.*, p. 567 (trad. libre : « All because Advocate General Slynn and the Court couldn't stomach a little basic injustice »).

²²⁰³ Voy. les références aux travaux notamment de H. Simon, ainsi qu'aux théories incrémentaliste et de la *path dependence*, *supra* n° 333 et note n° 1307. Sur la rationalité du sujet de droit, voy. Ch. GRZEGORCZYK, « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, t. 23, 1978, p. 242-243 (« L'homme «raisonnable» qui intéresse le droit n'est pas idéalement rationnel, mais il est, selon l'expression de H. Simon, intentionnellement rationnel (intendly rational) – c'est-à-dire qu'il tend à être rationnel. Et il est évident que, pour tendre vers cet idéal de rationalité, on a besoin de son modèle normatif, mais sans oublier qu'il ne peut jamais être réalisé »); P. GOODRICH, « Law and Language... », *op. cit.*, p. 191 (« In broader terms, the legal use of language rewrites the individual, as it rewrites speech, in terms of a notional and static unity of reasoned intentions, the basic precondition of the law as the political-administrative discourse of liberal individualism »).

les destinataires²²⁰⁴. Notre dixième proposition consiste à défendre l'idée que les juridictions de l'Union devraient prendre davantage en considération cette rationalité limitée des sujets de droit. Le fait que certaines personnes morales affichent une stratégie plus rationnelle que les particuliers ne fait que renforcer l'idée qu'il convient d'opérer une distinction entre les sujets de droit. Pour des motifs d'égalité de traitement, il nous semble que la Cour devrait pouvoir différencier les « *one-shotters* » et les « *repeat-players* », selon la célèbre distinction développée par M. Galanter. Cet auteur pose l'hypothèse qu'un système juridique formellement neutre aura tendance à désavantager les justiciables occasionnels par rapport aux spécialistes des procédures et à ceux qui peuvent s'offrir leurs services²²⁰⁵. Dans le contexte européen, plus encore qu'au niveau national, il est possible de distinguer, d'une part les habitués du contentieux luxembourgeois, essentiellement les États membres²²⁰⁶ et des entreprises importantes qui ont recours préventivement aux cabinets d'avocats spécialisés²²⁰⁷ et, d'autre part, les « joueurs occasionnels », le plus souvent des particuliers ou des

²²⁰⁴ Selon K. KRESS, « even if law were fully determinate and predictable, public expectations would not be perfectly settled, because public knowledge would not reflect that determinacy » (« Legal Indeterminacy », *op. cit.*, p. 259). Les théories cognitives ont également mis en évidence la notion de « *hindsight bias* », c'est-à-dire la tendance des acteurs à surestimer leur prédiction *ex-ante* d'événements qui se sont réellement passés, après avoir appris leur existence (T.S. ULEN, « The View from Abroad: Tort Law and Liability Insurance in the United States », in *Tort Law and Liability Insurance*, G. Wagner (ed.), Springer, Vienne-New York, 2005, p. 209 et 228-229). Il est fort probable que ce type de reconstruction *a posteriori* de la prévisibilité du droit par le juge européen soit susceptible de biaiser leur appréciation de la capacité prédictive des destinataires de la règle.

²²⁰⁵ M. GALANTER, « Why the 'Haves' come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », *Law & Society Review*, 1974-1975, p. 97-124. Sur les différences entre les deux types de justiciables, voy. p. 98-104.

²²⁰⁶ M.-P. GRANGER analyse la capacité d'influence des États membres, particulièrement certains d'entre eux, en tant que « *repeat-players* » ou « joueurs-à-répétitions » de procédures à Luxembourg (« Les stratégies contentieuses des États devant la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen*, *op. cit.*, p. 62-97). Selon l'auteur, « désormais il est rare que des arrêts de principe ou des décisions ayant des implications légales, économiques ou sociales significatives, se décident sans la participation d'une majorité des États membres, ou du moins des plus actifs et des mieux « équipés » d'entre eux » (*ibid.*, p. 90).

²²⁰⁷ Sur le fait que les sociétés ont tendance à être des « *repeat players* » et ont donc une plus grande capacité à influencer le droit de l'Union que les individus, voy. M.P. MADURO, *We the Court*, *op. cit.*, p. 29-30.

petites entreprises, qui se retrouvent exceptionnellement devant les juridictions de l'Union.

499. — Si la Cour n'est pas toujours insensible à la qualité du sujet de droit européen, il semble qu'elle ne s'intéresse à sa situation particulière que lorsque l'effectivité du droit de l'Union est en jeu. Elle présume alors que les droits individuels sont ignorés en mettant en évidence la situation plus précaire de leurs titulaires ou que les obligations sont connues par leurs destinataires, en soulignant le cas échéant leur expérience en droit européen²²⁰⁸. Dans un arrêt *Covita*, elle a considéré qu'un opérateur économique « *ayant acquis de l'expérience* dans le domaine des opérations d'importation et d'exportation » ne pouvait échapper au paiement d'une taxe dès lors qu'il devait avoir connaissance du « *risque imminent* » de son imposition et qu'il a négligé « *de s'informer sur l'institution effective de la taxe, en consultant le Journal officiel des Communautés européennes*²²⁰⁹ ». Selon le tribunal, une note d'informations litigieuse n'a pu prêter « *à aucune confusion, surtout dans l'esprit d'un fonctionnaire ayant occupé les fonctions de chef de la division du personnel de la Commission, à Luxembourg*²²¹⁰ ». Enfin, on l'a vu, la Cour se montre particulièrement exigeante lorsqu'elle vérifie la connaissance, par les sujets du droit européen, de leurs obligations en matière d'aides d'État²²¹¹. A l'inverse, dans les arrêts *Cofidis* et *Levez*,

²²⁰⁸ L'arrêt *Oryzomyli Kavallas*, dans lequel la Cour a apprécié de façon raisonnable les obligations de s'informer sur la législation en vigueur incombant à une société « d'importance modeste », fait ainsi figure d'exception (voy. *supra*, note n° 2051).

²²⁰⁹ C.J.U.E., 26 novembre 1998, *Covita*, C-370/96, pt 34.

²²¹⁰ T.U.E., 7 juin 1991, *Weyrich*, T-14/91, pt 48. Voy. également C.J.U.E., 12 juillet 1989, *Binder*, aff. 161/88, pt 19 (« [...] les dispositions tarifaires communautaires applicables font obligatoirement l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes*. Elles constituent, à dater de cette publication, le seul droit positif en la matière, droit que nul n'est censé ignorer »); 20 novembre 2008, *Heuschen*, C-38/07 P, pt 61 (*idem*); 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, C-415/93 (libre circulation des travailleurs); 26 novembre 1998, *Covita*, C-370/96, pt 34 (matière fiscale).

²²¹¹ Voy. *supra*, n° 93. Dans un arrêt *Alzetta* du 15 juin 2000, le tribunal a jugé que, « (s')agissant de la prétendue ignorance [...] de la réglementation applicable, il suffit de rappeler que les bénéficiaires d'une aide ne sauraient, sur la base de considérations liées à leur taille, être dispensés de se tenir informés des règles de droit communautaire, sous peine de porter atteinte à l'effet utile de ce droit » (aff. jtes T-298/97, T-312/97-T-313/97, T-315/97, T-600/97-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 et T-23/98, pt 172). Dans le même sens, voy. T.U.E., 14 janvier 2004, *Fleuren Compost*, T-109/01, pt 140; C.J.U.E., 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-298/00 P, pt 90; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, op. cit.,

la Cour a clairement tenu compte du fait que les sujets de droit étaient, respectivement, des consommateurs et des employés afin de constater leur ignorance des droits qu'ils tiraient de la législation européenne, pourtant publiée et transposée en droit interne²²¹².

500. — Or, cette différence de traitement entre les titulaires de droits et d'obligations ne nous paraît pouvoir trouver d'autre justification que dans la promotion de l'intérêt de l'Union, dont le rôle devrait au moins être pleinement assumé²²¹³. Nous plaignons au contraire pour un assouplissement de la notion d'erreur excusable, que les juridictions de l'Union fondent avec raison sur le principe de sécurité juridique. Comme le déclare le Tribunal, soulignant la logique fiduciaire de ce principe, « l'administration ne saurait, en effet, se prévaloir de sa propre méconnaissance des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, qui a été à l'origine de l'erreur commise par le justiciable²²¹⁴ ». Dès lors que le principe de sécurité juridique n'est pas absolu, il convient de considérer que son pendant, l'adage selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », ne l'est pas davantage et qu'il s'agit d'une simple présomption qui peut être renversée par celui qui affirme n'avoir pu prendre connaissance des prescriptions de la loi, même lorsqu'elle impose des obligations.

Sans ignorer le risque de casuistique que cela peut représenter, il nous semble qu'une prise en considération raisonnable de la spécificité des sujets de droit se justifierait donc dans tous les cas, dès lors qu'il existe, *de facto*, un inégal accès au droit de l'Union selon leurs moyens ou

p. 377 et 382 et les réf. citées ; I. CROIZIER, « Le principe de confiance légitime... », *op. cit.*, p. 230 (« La doctrine de la Commission et la jurisprudence de la Cour, en matière de précarité des aides d'État, ont fait naître un précepte selon lequel "nul n'est censé ignorer le droit communautaire" »).

²²¹² Voy. *supra*, n°s 140-141. Voy. également les exemples cités par V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux*, *op. cit.*, p. 518 (« De façon très significative, les ressortissants communautaires sont ici présumés ignorer l'étendue de droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire »). On se souviendra par ailleurs que, selon la Cour, le degré d'exigence de précision et de clarté dans la transposition des directives peut être plus important lorsque leurs destinataires sont considérés comme requérant une protection accrue (voy. *supra*, n° 28).

²²¹³ Voy. *supra*, n° 487.

²²¹⁴ T.U.E., 27 septembre 2007, Pelle et Konrad, aff. jtes T-8/95 et T-9/95, pt 93 et les réf. citées.

leur pratique du prétoire luxembourgeois²²¹⁵. Si la Cour peut se montrer exigeante dans le domaine du commerce de produits agricoles au sein de la Communauté, dans lequel, à en croire l'avocat général Sharpston, il n'y a que des experts²²¹⁶, le secteur des aides d'État devrait connaître une application différenciée selon le statut du destinataire de l'aide. A moins que celui-ci ne soit une entreprise d'une certaine importance, dotée le cas échéant d'un service juridique ou accoutumée des procédures européennes, le refus systématique d'application de la confiance légitime en cas d'absence de notification des aides semble critiquable à la lumière de la logique fiduciaire de la sécurité juridique. Les destinataires des aides n'étant pas les interlocuteurs de la Commission, ils ne sont généralement pas responsables de cette absence de notification et ils n'ont pas toujours la capacité d'identifier les aides interdites parmi les mesures favorables adoptées par leurs autorités nationales sous des formes toujours plus complexes²²¹⁷. Si la Cour refuse de faire droit à leurs arguments basés sur la sécurité juridique ou la confiance légitime, elle pourra alors, au stade de la balance d'intérêts²²¹⁸, invoquer la priorité donnée à l'intérêt de l'Union sur l'intérêt individuel, plutôt que de blâmer ces justiciables pour leur manque de diligence²²¹⁹. Il ne s'agit pas de plaider pour un examen systématique, et certainement irréaliste,

²²¹⁵ La Cour européenne des droits de l'homme tient davantage compte de l'individualité des requérants (P. POPELIER, « Five Paradoxes on Legal Certainty... », *op. cit.*, p. 52). Voy. par exemple C.E.D.H., K.A. et A.D. c. Belgique, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 51.

²²¹⁶ E. SHARPSTON, « Legitimate Expectations and Economic Reality », *op. cit.*, p. 111. Selon l'auteur, devenue depuis avocat général à la Cour, il est possible de faire d'importants bénéfices dans ce domaine et les profits additionnels sont une contrepartie légitime du risque pris. Par conséquent, en cas de perte, « there is no good economic reason why that loss should not remain with the speculator ».

²²¹⁷ La reconnaissance de la possibilité de « circonstances exceptionnelles » justifiant l'application du principe de confiance légitime s'avère très théorique (voy. *supra*, n° 93).

²²¹⁸ Sur le raisonnement en deux temps qui est prôné, voy. *supra*, n°s 489-491.

²²¹⁹ Il est regrettable à cet égard que la tentative du Tribunal d'assouplir ces exigences dans son arrêt *Salzgitter* ait été mise à néant par la Cour (voy. *supra*, n° 110). En résumé, dans cet arrêt, le Tribunal avait accepté de prendre en considération le contexte de l'époque et considéré que l'obligation de notification des aides susceptibles d'être octroyées à la société Salzgitter n'était pas évidente. On rappellera par ailleurs le règlement n° 659/1999 du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du TCE, qui dispose que la Commission ne peut exiger la récupération de l'aide si, ce faisant, elle irait à l'encontre d'un principe général de droit communautaire (*J.O.C.E.*, n° L 083 du 27/03/1999, p. 1-9).

de la situation de chaque sujet de droit, mais pour que cet argument puisse, lorsqu'il est formulé, être pris au sérieux par la Cour.

501. — La rationalité limitée des sujets de droit ne dépend pas seulement de leurs capacités individuelles, mais également du contexte. La solution retenue par la Cour dans son arrêt *Binder* nous paraît ainsi regrettable du point de vue de la logique fiduciaire du principe de sécurité juridique. La Cour avait en effet refusé à un opérateur économique de se prévaloir de sa confiance légitime en un taux de droits de douane basé sur une proposition de la Commission et inséré dans un tarif d'usage du ministère des Finances utilisé par tous les importateurs²²²⁰. Une telle rigueur nous paraît, dans le cadre d'une conception interactionnelle du droit, imposer une charge disproportionnée aux individus.

Il doit donc être possible pour le sujet de droit d'établir que, soit en raison de sa situation individuelle, soit en raison du contexte, il n'a pu raisonnablement avoir connaissance des obligations lui incombant en vertu du droit de l'Union.

c) La base de confiance :

il faut pouvoir se fier aux apparences (proposition n° 11)

502. — Les arrêts de la Cour qui interdisent d'invoquer le principe de confiance légitime lorsque la « base de confiance » est illégale font peser une lourde tâche sur les épaules des simples particuliers, alors même qu'ils concernent le plus souvent des situations dans lesquelles cette mission d'identifier le prescrit légal n'a pu être menée à bien par l'autorité. En effet, l'apparence de légalité qui suscite la confiance des sujets de droit provient généralement du fait que le comportement litigieux est imputable à cette autorité. En outre, ces décisions privent d'effet utile la jurisprudence en matière de retrait d'actes illégaux, qui subordonne ce dernier au respect de la confiance légitime des personnes concernées²²²¹. Dans une conception interactionnelle du droit, il est problématique d'attendre des destinataires de la norme une diligence qui a manqué aux organes chargés de son application, outre le risque d'altérer la confiance des justiciables dans le système institutionnel. Il convient au contraire d'octroyer une protection *accrue* aux sujets de droit qui ont reçu des informations inexactes ou ont été les destinataires

²²²⁰ Voy. *supra*, n° 95. Comp. avec l'arrêt *Oryzomyli Kavallas* (*supra*, note n° 2051).

²²²¹ Voy. *supra*, n° 123.

de promesses illégales, et de sanctionner l'autorité défaillante. Ce que S. Calmes appelle une logique de « sanction de la prévarication²²²² » consiste surtout en un rééquilibrage des obligations respectives des cocontractants du pacte social européen²²²³.

On préférera par conséquent la formule retenue par le Tribunal dans son arrêt *Lagardère*, certes dans un contexte de retrait d'acte administratif, selon laquelle inspire une confiance légitime digne de protection une décision qui présente toutes les caractéristiques d'un acte qui n'est entaché d'aucune erreur de nature à devoir susciter, chez un opérateur économique diligent, des doutes quant à sa légalité²²²⁴. Si ce dernier peut établir cette apparence de légalité, il incombe alors à

²²²² Cette logique est « sous-tendue par un idéal : celui de traquer le manque de loyauté et de correction dans les rapports juridiques, au bénéfice des personnes privées dont la confiance légitime a été bafouée » (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 169). J.-Cl. GAUTRON affirme que, « dans certains cas, le comportement susceptible de provoquer une confiance légitime peut reposer sur l'adoption d'un acte juridique illégal » (« Le principe de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 214). Selon D. SIMON, « Cette application extensive du principe *fraus omnia corrumpit* pourrait être contestée, dans la mesure où l'illégalité du comportement des institutions n'implique pas nécessairement la mauvaise foi du justiciable, ce dernier pouvant se fier légitimement à la présomption de légalité s'attachant aux actes des institutions jusqu'à leur annulation juridictionnelle. On pourrait même prétendre que la protection des droits des justiciables s'impose d'autant plus que le comportement de l'administration communautaire est illégal » (« La confiance légitime en droit communautaire... », *op. cit.*, p. 743). Dans le même sens, en droit français, Th. PIAZZON écrit que « (l)a parole de l'administration qui laisse faussement entendre que tel comportement n'est pas illégal doit bien revêtir quelque valeur, sous peine de ruiner toute confiance » (*La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 585).

²²²³ Il en va de même, et pour les mêmes motifs, de l'exigence d'assurances « précises, concordantes et inconditionnelles » pour que puisse se former une base de confiance ou de l'exclusion, du champ de protection de la confiance légitime, des situations qui peuvent être modifiées dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions de l'Union (voy. *supra*, n^{os} 91-92). Dans le second cas, s'il est compréhensible que la Cour ait une approche stricte en la matière, la règle est formulée de façon absolue et réduit en grande partie l'intérêt du principe général, privant les juges de leur pouvoir d'appréciation dans les cas particuliers qui justifieraient l'application du principe de confiance légitime.

²²²⁴ Voy. *supra*, note n^o 153. Voy. également les arrêts *Mellet* du tribunal (*supra*, note n^o 484) et *Afasia* de la Cour. Dans cette décision, la juridiction a estimé que, pour qu'un importateur puisse utilement opposer le principe de confiance légitime à un recouvrement *a posteriori* prévue par le code des douanes, il fallait qu'un erreur ait été commise par les autorités « d'une nature telle qu'elle n'ait pu raisonnablement être décelée par un redevable de bonne foi » (C.J.U.E., 15 décembre 2011, *Afasia*, C-409/10, pt 47).

l'autorité européenne d'établir la mauvaise foi du sujet de droit pour lui refuser le bénéfice du principe de confiance légitime. Il est vrai, à cet égard, que la situation dans laquelle la base de confiance est constituée par une pratique *étatique* non conforme au droit de l'Union est plus problématique dès lors qu'il ne s'agit pas d'un comportement directement imputable à une institution européenne. La jurisprudence de la Cour selon laquelle une telle pratique « ne saurait donner naissance à une confiance légitime dans le chef d'un particulier bénéficiaire de la situation ainsi créée²²²⁵ » nous paraît cependant trop radicale. Il serait préférable de distinguer selon que les autorités nationales agissent en tant qu'organes de l'Union ou en tant qu'entités souveraines. Dans le premier cas, à tout le moins, les particuliers devraient pouvoir se fier à l'apparence de légalité créée par l'institution étatique intervenant dans le champ d'application du droit de l'Union.

d) Une concordance pratique :
ménager la chèvre et le chou (proposition n° 12)

503. — Nous avons vu que les finalités courte et longue de la logique subjective de la sécurité juridique pouvaient parfois entrer en conflit. Il en va notamment ainsi en cas de reconnaissance prétorienne de délais d'action ou d'interprétation uniforme d'un acte de droit dérivé en dépit des divergences linguistiques. Dans ces cas, la certitude apportée à l'ordre juridique est de nature à promouvoir la logique subjective de l'ensemble des sujets de droit qui seront concernés à l'avenir par la question litigieuse mais heurte de plein fouet celle du particulier qui s'est fondé sur l'état du droit existant ou sur la version linguistique qui le concerne. Or, ces situations ne sont pas toujours irréconciliables et il est possible d'envisager leur « concordance pratique ». Ce concept, qui a été forgé par la doctrine allemande, concerne les situations de contrariété de normes, de concurrence ou de collision de droits fondamentaux, ou de recoupement de leur champ d'application. Dans ces cas, le juge doit essayer de fixer les limites des « biens juridiquement protégés » de manière proportionnelle afin qu'ils contribuent ensemble au résultat. Il s'agit d'éviter « d'actualiser l'une des normes au *complet* détriment

²²²⁵ C.J.U.E., 14 juin 2012, ANAFE, C-606/10, pt 81 et la jurispr. citée.

des autres²²²⁶ » et de viser la combinaison « optimale de la réalisation relative de chacune des deux valeurs en présence²²²⁷ ».

504. — Tel est déjà le cas du droit transitoire jurisprudentiel, surtout lorsqu'il prévoit une exception pour les procédures en cours. En ce sens, il nous paraît que la Cour devrait envisager systématiquement la possibilité de limiter dans le temps les effets de ses arrêts lorsqu'elle procède à un revirement de jurisprudence ou à l'énonciation de nouveaux principes de nature à surprendre les attentes légitimes de leurs destinataires²²²⁸. Dans le même ordre d'idées, il est préférable que la Cour refuse d'appliquer un nouveau délai prétorien au cas particulier et aux procédures en cours qui ont le même objet²²²⁹. Son utilisation ultérieure ne sera pas nécessairement critiquable, à condition que, comme la Cour de justice elle-même l'a reconnu récemment, la pratique jurisprudentielle « ait été suffisamment *prévisible* pour le justiciable²²³⁰ ».

Cette conciliation des finalités courte et longue est encore envisageable lorsque la Cour choisit, en cas de divergences linguistiques, une interprétation unique d'un terme. Celle-ci, forcément différente de son sens usuel dans au moins une de ses traductions, se fait au préjudice de ceux qui n'ont pris connaissance que des variantes écartées. Dans son arrêt *Röser*, la Cour empêcha l'acquittement au pénal d'un ressortissant allemand en privilégiant d'autres versions linguistiques d'un règlement européen à sa traduction allemande²²³¹. Or, il était parfaite-

²²²⁶ Fr. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, PUF, Paris, 1996, p. 285-286.

²²²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention*, *op. cit.*, p. 19.

²²²⁸ Cela ne signifie pas que ce type d'exception devrait être toujours appliqué, mais que son éventualité devrait, au moins, être prise d'office en considération. Dans le même sens, voy. Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 560. *Contra*, voy. W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 7, p. 472). Si l'exigence de vérifier l'éventuelle atteinte à des relations juridiques établies de bonne foi nous semble parfaitement s'inscrire dans la logique fiduciaire de la sécurité juridique, il ne nous paraît pas indispensable d'exiger qu'il existe un nombre « important » de ces relations.

²²²⁹ Tel aurait pu également être la solution adoptée dans l'arrêt *TWD*. Dans ces cas, il ne s'agit pas de concilier des normes distinctes et concurrentes mais des exigences propres à un seul principe.

²²³⁰ C.J.U.E., 5 mai 2011, *Ze Fu Fleischhandel*, aff. jtes C-201/10 et C-202/10, pts 32-34. Voy. également les arrêts *Miragall* et *Lahlah* de la Cour européenne des droits de l'homme, *supra*, notes 1617 et 1618.

²²³¹ Voy. *supra*, n° 144.

ment possible d'envisager une interprétation uniforme de l'acte litigieux, tout en opérant une exception dans le cas particulier afin de protéger les attentes légitimement fondées sur l'interprétation du texte la plus plausible en droit national. De même, dans son arrêt *Beemsterboer*, la Cour a accepté l'application, à des situations acquises antérieurement à son entrée en vigueur, d'un règlement visant à interpréter certaines notions du code des douanes, au motif que cette modification tendait « à améliorer la sécurité juridique²²³² ». A nouveau, les juges européens négligent la finalité courte de la sécurité juridique, alors qu'ils auraient pu faire une exception pour tenir compte des parties à la cause, à qui était imposée une nouvelle signification de la législation existante. La même critique peut être adressée à l'arrêt *Förster*, dans lequel la Cour a considéré qu'une ligne directrice hollandaise était « de nature à garantir un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l'octroi de bourses d'entretien aux étudiants », alors qu'elle venait imposer rétroactivement des conditions venant limiter les droits que Madame Förster dérivait du droit de l'Union²²³³.

Conclusion du second chapitre

505. — Dans ce second et dernier chapitre, nous avons défendu l'idée que la notion de *confiance* (logique *fiduciaire*) constitue un meilleur *fondement* que la *certitude* (logique *cartésienne*) pour la sécurité juridique et présente une plus grande pertinence pour appréhender les droits et obligations des autorités et des particuliers dans le cadre d'une conception interactionnelle du droit. Si *l'événement* que constitue le litige contient une part irréductible d'imprévisibilité, le sujet de droit n'est pas pour autant livré à une incertitude totale. Les autorités s'acquittent en effet de leur mission de maintenir la confiance des particuliers dans le système juridique de façon relativement consciencieuse, ce qui permet d'assurer une certaine fiabilité du droit et justifie la poursuite du contrat social. Sur le plan des *bénéficiaires* de la sécurité juridique, nous avons défendu l'idée selon laquelle le principe de sécurité juridique

²²³² Voy. *supra*, n° 100.

²²³³ Voy. *supra*, n° 101. Dans un sens comparable, voy. F. TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel : quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.*, 2012, p. 737-743.

doit constituer une garantie pour les sujets de droit (logique *subjective*) et non un instrument au service de l'ordre en place (logique *politique*), même si les spécificités de la démocratie et de l'Union européenne nous ont amené à dialectiser cette distinction.

506. — Les sujets de droit qui veulent se prévaloir du principe de sécurité juridique doivent adopter un comportement diligent et se montrer de bonne foi. Ces obligations doivent cependant être entendues de façon raisonnable et ne pas exiger ce que l'ordre juridique européen et ses autorités ne peuvent leur garantir. Du point de vue des autorités, la logique fiduciaire de la sécurité juridique leur impose de rendre le droit, entendu dans son sens le plus large, accessible aux sujets de droit concernés mais également de prendre en considération les attentes que ceux-ci ont pu former à partir de ce qu'ils ont légitimement pu considérer comme constituant le droit applicable. Dans cette optique, les transformations du droit ne sont susceptibles de poser problème que lorsqu'elles occasionnent la remise en cause de droits individuels, ou qu'elle bouleversent des situations juridiques existantes sans préavis et au désavantage des prévisions des sujets de droit. A partir d'une définition de la sécurité juridique dans sa logique fiduciaire, il nous a également été possible de faire douze suggestions afin de faire face à certains des problèmes mis en évidence dans la première partie de notre étude. Contrairement aux idées reçues, il apparaît que le droit ne connaît pas une sécurité juridique parfaite en théorie et une incertitude accidentelle en pratique mais, au contraire, une incertitude théorique radicale et une relative certitude pratique qui tient notamment au fait que les autorités « jouent le jeu » du droit de l'Union. Il s'agit d'une condition indispensable pour conserver la confiance des sujets de droit, nécessaire à la légitimité de l'ordre juridique de l'Union et, à terme, à son effectivité.

507. — Selon deux anciens magistrats de la Cour de justice, la place réservée au principe de sécurité juridique par la jurisprudence ne mérite « ni l'excès d'honneur d'une inscription au palmarès de la pensée juridique ni l'indignité d'une critique trop radicale de son inconsistance conceptuelle²²³⁴ ». Il nous semble au contraire que, s'il y a de bonnes raisons de critiquer son inconsistance conceptuelle, le principe mérite

²²³⁴ J.-P. PUISOCHET et H. LÉGAL, « Le principe de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 157.

bien son inscription « au palmarès de la pensée juridique ». L'exigence de prévisibilité qui lui est traditionnellement affectée peut donc se maintenir mais dans le cadre des catégories relativisantes de l'attente et de la confiance plutôt que dans celle, absolue, de la certitude cartésienne. Il n'y a du reste pas à s'en étonner dès lors que le droit opère dans le registre normatif et non descriptif. Llewellyn mettait déjà en garde contre la recherche d'un système de prévisibilité presque totale, dans lequel les hommes perdraient cette élasticité d'esprit nécessaire en cas de survenance d'un imprévu.

Conclusion de la troisième partie

508. — Dans notre premier chapitre, nous avons tenté de démontrer que l'abandon de la conception cartésienne de la sécurité juridique s'imposait en raison de la nature même du droit, mais également de certaines caractéristiques des ordres juridiques contemporains. Comme le relevait déjà J. Carbonnier, « ce pourrait être une caractéristique de notre temps que le droit, pour la première fois, participe à l'angoisse historique »²²³⁵. Plusieurs auteurs soulignent le passage d'une sécurité *par* le droit, dans laquelle le droit est source de protection, à une sécurité *du* droit²²³⁶, qui fait de ce dernier l'origine du danger²²³⁷. Outre les phénomènes bien connus d'inflation normative et de pluralisme juridique, l'éclosion de la catégorie normative des principes généraux du droit, signe d'un renouveau jusnaturaliste laïque, marque la remise en cause irrémédiable d'une conception de la sécurité juridique comme garantissant la prévisibilité absolue du droit. Le procès européen, véritable carrefour d'affluence normative, d'influences intellectuelles et de rencontres factuelles est toujours susceptible de prendre une tournure événementielle. Dès son premier arrêt sur la sécurité juridique, la Cour de justice nous invitait à dépasser cette conception cartésienne :

Le principe du respect de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue, [...] son application doit être

²²³⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., *op. cit.*, p. 166-167 (« C'est tantôt de l'instabilité des règles de droit, tantôt de l'insécurité des droits individuels que naît l'incertitude juridique »). Dans le même sens, F. OST évoque le « risque "endogène", produit secondaire et indésirable d'une ingénierie juridique dont le rythme s'est emballé » (*Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 282).

²²³⁶ A. L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 8-10 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 5 ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 159 et les réf. citées. La distinction se trouvait déjà chez G. Radbruch.

²²³⁷ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique... », *op. cit.*, p. 94. Selon E. BEN MERZOUK, « la sécurité juridique regroupe ces deux réalités et inclut nécessairement la notion de sûreté » (*La sécurité juridique en droit positif*, *op. cit.*, p. 9). *Contra*, voy. B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *op. cit.* (« La sécurité juridique ne vise pas à protéger les biens ou les personnes, selon la conception traditionnelle de la sûreté, mais les droits appartenant aux individus »).

combinée avec celle du principe de la légalité; [...] la question de savoir lequel de ces principes doit l'emporter dans chaque cas d'espèce dépend de la confrontation de l'intérêt public avec les intérêts privés en cause²²³⁸.

D'emblée, elle annonçait plusieurs éléments déterminants pour la compréhension du principe, à savoir son importance, son caractère relatif, la nécessité de le combiner avec d'autres principes généraux et le caractère casuistique de sa mise en œuvre, subordonnée à la confrontation de l'intérêt public et des intérêts privés. En effet, dès le moment où la sécurité juridique s'intéresse aux intérêts particuliers, elle sort de la sphère abstraite du droit objectif et rentre dans le concret des balances d'intérêts et des contradictions. Plus fondamentalement, il se pourrait que le degré important d'incertitude qui affecte le principe de sécurité juridique résulte précisément de sa mission de garantir la sécurité juridique. P. Moor relève que, « plus on monte dans la hiérarchie, plus la densité normative est faible », ce qui est inévitable dès lors que la norme supérieure, qui est conçue pour durer, doit être « capable d'absorber une plus grande dose d'imprévisibilité²²³⁹ ». Or, si on peut considérer que la densité normative conditionne dans une certaine mesure la prévisibilité de l'application d'une norme, il apparaît inévitable que la norme chargée de la gestion de l'imprévisibilité dans un ordre juridique présente elle-même ce caractère imprévisible. Et pourtant, retour du refoulé oblige, cette relativisation du principe de sécurité juridique, qui ressort clairement de la pratique des juridictions, n'a pas suffi à transformer définitivement le discours juridique, qui continue à être traversé d'un désir de certitude absolue. Il n'est pas question d'invalidier la sécurité juridique comme horizon de clarté, de précision et de prévisibilité pour l'action des autorités nationales ou européennes – il s'agit au contraire d'une obligation pour les autorités – mais d'accepter qu'il peut s'agir tout au plus d'un *idéal* régulateur, par définition

²²³⁸ C.J.U.E., 22 mars 1961, S.N.U.P.A.T., aff. jtes 42 et 49/59, *Rec.* p. 159.

²²³⁹ Le problème étant que la signification de cette norme supérieure est alors « tributaire de ce qu'y lit le lecteur, toujours de rang inférieur [...] » (*Pour une théorie micropolitique du droit, op. cit.*, p. 70-71).

inatteignable²²⁴⁰, qu'il convient de distinguer du *principe normatif* de sécurité juridique, dont la portée doit être relativisée²²⁴¹.

509. — Cette relativisation, nous avons tenté d'en tracer les grandes lignes dans le second chapitre. En suivant Luhmann, qui nous invitait à envisager le développement du droit à partir des déceptions²²⁴², on pourrait dire que le juge n'est pas seulement le « gardien des promesses²²⁴³ » mais aussi celui des attentes et des déceptions. Notre recherche a confirmé l'importance de la catégorie de l'attente et, plus fondamentalement, de l'« institution invisible » qui la soutient, la confiance. Celle-ci est en effet à la base de tout contrat, et particulièrement du contrat social. Dans un État de droit, la confiance est un élément indispensable de la légitimité mais également de l'effectivité de l'ordre juridique dont ses autorités ont la charge. Elle constitue, tant sur un plan descriptif que normatif, le fondement le plus pertinent et le plus solide pour le principe de sécurité juridique qui doit être conçu en priorité comme un instrument de protection des particuliers et une responsabilité à charge des pouvoirs publics (logique subjective) plutôt que comme un outil qui peut être utilisé à l'avantage de ces derniers ou de l'ordre juridique en place (logique politique). Ce principe est donc censé permettre la formation d'attentes et de prévisions sur la base du droit connu et garantir que celles-ci, si elles sont légitimes, seront respectées ou, à tout le moins, dûment prises en considération. Son but essentiel n'est pas, ou ne doit pas être, comme on l'écrit souvent, la protection de l'ordre²²⁴⁴, mais bien le maintien de la confiance qui constitue un meilleur gage de certitude que... la certitude elle-même.

²²⁴⁰ Comme l'écrit H. DUMONT, « il faut éviter de confondre un idéal régulateur avec un mythe » (« La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in *Les sources du droit revisitées*, op. cit., p. 124).

²²⁴¹ Selon E.W. THOMAS, « Those who pursue certainty as if it were a general, abstract goal of judicial adjudication do the law a disservice » (*The Judicial Process*, op. cit., p. 136).

²²⁴² N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, op. cit., p. 35.

²²⁴³ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, op. cit., notamment p. 187.

²²⁴⁴ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 15.

Conclusions générales

Mais vers le terme heureux de mes vastes travaux
Je vais te diriger par des chemins nouveaux.

LUCRÈCE

510. — Loin du discours abstrait des juridictions de l'Union sur le principe de sécurité juridique, qui offre le mirage d'un droit précis, clair, certain, stable et prévisible, la jurisprudence est confrontée à une réalité mouvante et casuistique, toujours prête à déjouer les prévisions juridiques qu'on pensait les plus fiables. Le discours essaie alors de s'adapter, vaille que vaille, afin de sauver les apparences. Cette tentative louable ne convainc pas toujours et les confusions, voire les contradictions se multiplient. Elles ne peuvent cependant être toutes mises à charge de l'infâme casuistique, qui signe l'incapacité de la norme à prédéterminer le monde juridique. Le complice de la confusion ambiante qui règne autour de ce principe s'avère être sa propension à servir plusieurs maîtres à la fois. Au service tour à tour des autorités et des particuliers, il lui arrive de défendre en même temps des causes incompatibles. En outre, son intervention tentaculaire, à tous les stades de la vie d'un acte juridique, évoque l'image d'un principe qui, en embrassant trop, ne peut que mal étreindre. Telle est sans doute le paradoxe qui fait toute la beauté du principe de sécurité juridique : son imprécision, son incertitude et son imprévisibilité.

511. — La sécurité juridique paie au prix fort ses prétentions intenable et ses conflits de loyauté. Elle est de plus en plus discréditée parmi les spécialistes du droit européen en raison, d'une part, du contraste entre sa vocation théorique grandiose et son impact pratique proportionnellement limité et, d'autre part, de sa capacité à soutenir dans le plus grand flou artistique une cause et son contraire. Et pourtant, la force symbolique du principe est telle qu'elle continue à orner avec une intensité baroque les griefs des requérants et les décisions de la Cour de

justice de l'Union européenne. Afin d'élucider ce mystère juridictionnel et dans l'espoir de clarifier ces enjeux, il a donc fallu remonter le cours de l'histoire des idées afin d'identifier la genèse, le développement et l'interaction des différentes logiques sous-jacentes au principe. L'idée de promouvoir, dans l'intérêt du prince, un droit uniforme, stable et connu de ses sujets est sans doute la plus ancienne. Elle accompagne dès l'Antiquité la mise en place ou l'expansion d'un pouvoir politique relativement structuré et ambitieux. Si la volonté de l'être humain de comprendre son environnement n'est pas moins récente, sa conviction qu'il est possible de le maîtriser et, surtout, l'extension de cet idéal au domaine juridique sont intimement associées à la révolution scientifique qui s'opère au XVII^e siècle. Elle inscrit les exigences du principe de sécurité juridique dans le paradigme séduisant et sécurisant de la *certitude*. Nous avons formé l'hypothèse selon laquelle ce besoin humain de certitude, qui avait pu trouver dans la croyance divine un confort suffisant, a dû faire face, à partir du XVII^e siècle, à la possibilité d'un monde sans Dieu et a été contraint de chercher des garants de substitution dans la science, le droit et l'État.

A la même époque, un second fondement pour la sécurité juridique a pu être identifié à l'aide de la théorie du contrat social de John Locke. Selon le philosophe anglais, les exigences d'accessibilité du droit s'imposent aux autorités dès lors qu'elles sont investies d'un mandat qui leur est confié par les cocontractants originaires. Dans ce cadre de pensée, la sécurité juridique n'est plus assurée par une *certitude* de type mécaniste mais garantie par le respect, par les pouvoirs en place, de la *confiance* qu'ils ont reçue et ce, sous peine de mettre un terme à leur mandat. Si la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique n'aura pas la fortune de son rival cartésien, par essence hégémonique, elle participera néanmoins à l'éclosion de la logique *subjective* qui, à la différence de son pendant *politique*, vise la protection des sujets de droit.

512. — L'État de droit, auquel on impute généralement l'origine du principe de sécurité juridique, se contentera de réunir ses exigences sous une bannière unique, héritant de ces différentes logiques, parfois alliées, parfois concurrentes, mais jamais explicitement théorisées. La logique subjective est celle que tout juriste associera sans doute au *Rechtsstaat*. Dès lors que ce concept promeut l'*idéal* d'une autorité dont l'arbitraire est limité par des règles préétablies, en faveur des particuliers, il paraît naturel de considérer, sur le plan de la *légitimité*, que le principe de

sécurité juridique a pour principale fonction de protéger les sujets de droit. La *réalité* des États-nations en quête d'*effectivité* explique cependant que la logique politique du principe ait survécu malgré l'essor démocratique. Or, ce double processus permet sans doute de comprendre la survivance de la logique cartésienne du principe, en dépit de son incapacité à rendre compte du phénomène juridique. Les idéaux combinés de l'État de droit et de la démocratie ont trouvé une assise rassurante dans la promesse de règles adoptées par les représentants du peuple et capables de déterminer à l'avance leur application par les différents lieux de pouvoir (le juge « bouche » de la loi). Les autorités étatiques, pour leur part, se sont aisément accommodées d'un mythe qui légitimait leur intervention tout en la minimisant. Il est plus difficile, en effet, de mettre en cause la responsabilité d'un simple rouage mécanique que de critiquer l'action d'un pouvoir souverain. En-deçà de l'idéal et au-delà du réalisme, la prégnance du modèle cartésien semble enfin résulter de son inscription dans l'inconscient juridique collectif où il alimente le besoin humain de certitude.

513. — Le droit n'est cependant pas en mesure de répondre aux attentes démesurées qui sont placées en lui. Sa finitude se révèle particulièrement lors de l'instance juridictionnelle. Le procès se présente en effet sous la forme de la potentialité d'un événement, au sens où l'entend Alain Badiou, toujours susceptible de proposer une configuration factuelle et juridique nouvelle et d'échapper aux prévisions formées sur la base du corpus normatif existant. La rencontre d'intérêts divers, aux légitimités parfois équivalentes, force le juge à opérer un ajustement dans des proportions qui ne peuvent être que partiellement définies à l'avance. Au mirage de la logique cartésienne de la sécurité juridique, qui ne correspond pas à la réalité juridique, nous avons proposé de substituer l'oasis de sa logique fiduciaire, la confiance s'avérant être un fondement à la fois plus convaincant et plus porteur que la certitude. Une telle modification du fondement de ce principe n'est pas que cosmétique. Elle permet de substituer à l'image d'un droit constamment pris en défaut, car nécessairement incomplet, obscur, lacunaire et ouvert à interprétation, celle d'un phénomène juridique qui, comme toute œuvre humaine, se construit au fur et à mesure, au gré des essais et des erreurs. Faire de la confiance le fondement de la sécurité juridique met également en lumière la responsabilité des autorités de veiller à son respect,

là où le paradigme cartésien tend à minimiser cette responsabilité, voire à la reporter sur les sujets de droit.

514. — Institution invisible, mécanisme de réduction de la complexité sociale, la confiance permet de faciliter le fonctionnement du droit. Les sujets de droit ont besoin de pouvoir se fier à leurs attentes pour évoluer en société et les autorités ont intérêt à tenir compte de cette confiance si elles souhaitent conserver leur légitimité et, à terme, assurer l'effectivité du système qui leur confère leur pouvoir. Il en résulte que l'argument de la sécurité juridique doit, en priorité, être mobilisé en faveur des particuliers plutôt qu'utilisé au service des autorités. Il a été possible à partir de là de définir les obligations respectives de chacun des acteurs du contrat social européen et nous nous sommes permis de soumettre quelques modestes propositions à l'attention des juges de Luxembourg.

515. — En guise de conclusion, nous proposons d'emprunter, non pas des chemins nouveaux, comme le suggère la citation en exergue, mais des sentiers qui ont, ponctuellement et discrètement, croisé notre itinéraire. Nous envisagerons ainsi trois carrefours, qui ont favorisé la rencontre de la sécurité juridique avec le libre arbitre, la question du temps en droit et les enjeux de valeurs et de pouvoir. Ces thématiques sont respectivement liées à la science, au droit et à l'État, soit les trois « substituts de certitude » qui ont, chacun à leur façon, échoué à assurer la certitude absolue qui était, jusqu'au XVII^e siècle, garantie par le primat divin.

1. La sécurité juridique, la science et la liberté

516. — Si l'essor des théories probabilistes et de la physique quantique a permis à la science de reconnaître les limites du mythe de la prévisibilité absolue, il n'a pas clos pour autant le débat entre déterminisme et libre arbitre qui, il est vrai, hante de longue date les couloirs de la pensée humaine. Ayant initié la notion de causalité nécessaire, qui va mener à la croyance déterministe, la philosophie grecque n'accorde pas une place déterminante à la notion de liberté, à l'exception d'Aristote et d'Epicure²²⁴⁵. Le premier estime que le libre choix est le « principe de l'action morale » et qu'il faut être maître de soi pour être agir « par

²²⁴⁵ Comme l'écrit A. RENAUT, « (s)i les anciens se savaient libres comme citoyens, ni Platon, ni Aristote, ni les grecs en général [...], n'ont véritablement su que l'homme comme tel était libre [...] » (*La fin de l'autorité*, Flammarion, 2004, p. 196).

choix délibéré et non sous l'impulsion du désir²²⁴⁶ ». Quant à Epicure, on se souvient qu'il préférerait « accepter le mythe sur les dieux que de s'asservir au destin des physiciens », dès lors que ce mythe « nous laisse l'espoir de nous concilier les dieux par les honneurs que nous leur rendons, tandis que le destin a un caractère de nécessité inexorable²²⁴⁷ ». En revanche, la liberté humaine va rapidement devenir un socle du dogme chrétien, postulat indispensable pour expliquer le mal sans l'imputer à Dieu. Augustin consacre tout un traité au libre arbitre et Thomas d'Aquin s'évertue à démontrer que, si le péché « consiste essentiellement dans l'acte du libre arbitre, qui est la faculté de la volonté et de la raison », Dieu n'est pas la cause du péché, même s'il est la cause du libre arbitre²²⁴⁸. En dépit de cette assise dogmatique séculaire, la notion subira de plein fouet le choc de la révolution scientifique du XVII^e siècle. Là où l'idée grecque de la causalité nécessaire relevait essentiellement de la réflexion philosophique, elle devient une conviction du paradigme cartésien : le monde fonctionne selon un système de causes et de conséquences et il suffit de connaître les premières pour prédire les secondes. Si Descartes affirme que l'homme est libre, il ne démontre toutefois pas comment réconcilier cette pétition de principe et sa conception mécaniste du monde²²⁴⁹. A la même époque, tous les penseurs du contrat social, à l'exception de Hobbes²²⁵⁰, ont besoin de la libre volonté pour fonder la validité de leur contrat social et, plus que tout autre, Spinoza est confronté à la difficulté de réconcilier le caractère déterminé de la nature et la liberté postulée de l'homme. On

²²⁴⁶ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Liv. VI, trad. par J. Tricot, Vrin, Paris, 1990, p. 270 et 278. Il écrit encore que « l'acte volontaire semblerait être ce dont le principe réside dans l'agent lui-même connaissant les circonstances particulières au sein desquelles son action se produit » (*ibid.*, Liv. III, p. 126).

²²⁴⁷ ÉPICURE, « Lettre à Ménécée », *Doctrines et maximes*, trad. M. Solovine, Hermann, Paris, 1938, p. 80.

²²⁴⁸ Th. D'AQUIN, *Somme théologique*, *op. cit.*, q. 78, art. VI et 79, art. III (« le péché que le libre arbitre commet contrairement à l'ordre de Dieu ne se rapporte pas à Dieu, comme à sa cause »).

²²⁴⁹ R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, quatrième méditation, *op. cit.*, p. 103 (« Je ne puis pas me plaindre que Dieu ne m'a pas donné un libre arbitre, ou une volonté assez ample et parfaite, puisqu'en effet je l'expérimente si vague et si étendue, qu'elle n'est renfermée dans aucunes bornes »).

²²⁵⁰ Th. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, p. 24 : « If a man should talk to me of a round *Quadrangle*; [...] or of A *Free subject*; A *Free Will*; or any *Free* but free from being hindered by opposition; I should not say he were in an *Erreur*, but that his words were without meaning; that is to say, Absurd ».

l'a vu, Hume a réduit le fossé entre nécessité et liberté en considérant qu'il devait être possible de constater une régularité d'enchaînement des actions humaines à la suite des motifs, inclinations et circonstances qui soit comparable à la succession récurrente d'événements que l'être humain appréhende sous le concept de causalité. Kant, enfin, espérait résoudre le problème en intégrant la causalité dans les catégories de l'entendement humain et la liberté, qui est indispensable à sa définition du droit, dans les « choses en soi » (*noumènes*) que l'homme ne peut percevoir²²⁵¹.

517. — Aujourd'hui, tant l'hypothèse déterministe que celle du libre-arbitre sont confrontées aux progrès des sciences exactes. Alors que la physique a démontré l'incertitude du relativement grand et, surtout, de l'infiniment petit et que les probabilités semblent laisser une place pour l'action individuelle, les neurosciences mettent en question la liberté humaine. Les célèbres travaux de Benjamin Libet semblent ainsi avoir démontré qu'il était possible d'enregistrer une réaction électrophysiologique chez le sujet d'une expérience avant qu'il n'ait conscience de sa décision de bouger son poignet, ce qui viendrait invalider l'hypothèse du libre arbitre²²⁵². S'il n'appartient pas au juriste de résoudre cette question, qui relève à bien des égards de l'indécidable, il est néanmoins intéressant de tenter de comprendre les rapports entre sécurité juridique et liberté.

518. — Cicéron écrivait déjà que « pour être libres, il faut que nous soyons tous les esclaves des lois²²⁵³ ». On se souviendra que, pour plusieurs penseurs des XVII^e et XVIII^e siècles, la conclusion d'un contrat social est le seul moyen pour l'homme de profiter de sa liberté. A la suite de Locke, Beccaria écrivait que le « but de la réunion des hommes en société » était que l'homme puisse jouir « avec sécurité de sa liberté et de ses biens²²⁵⁴ ». Le droit, s'il est connu et stable, est ainsi sou-

²²⁵¹ Il définit le droit comme l'« ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de liberté » (voy. *supra*, n° 216).

²²⁵² Sur cette étude, voy. M. S. GAZZANIGAL, « The Law and Neuroscience », *Neuron* 60, 2008, p. 413 ; J. MEYER, « Is Free Will an Illusion? », *Ethics and Medicine*, 2011, p. 87.

²²⁵³ CICÉRON, « Plaidoyer pour A. Cluentius », in *Œuvres complètes de Cicéron*, trad. en français publiée sous la direction de M. Nisard, t. II, Firmin Didot Freres, Paris, 1840, p. 481-482.

²²⁵⁴ Voy. *supra*, n° 211.

vent présenté comme offrant une garantie d'émancipation du sujet de droit. Selon Leoni, un droit certain est même une condition de la liberté individuelle²²⁵⁵. En d'autres termes, le respect de la sécurité juridique peut être considéré comme étant de nature à diminuer les contraintes qui pèsent sur l'action humaine dans une situation d'incertitude, et donc à favoriser la liberté²²⁵⁶.

519. — Paradoxalement, la logique cartésienne de la sécurité juridique, qui tend à assurer la prévisibilité la plus absolue, a une vocation mortifère sur le plan de la liberté. Plus que quiconque, Auguste Comte a montré les risques que comporte une logique déterministe pour les sociétés démocratiques. Comme il le reconnaît lui-même, l'adoption de la « pensée d'une prévision rationnelle » qu'il appelle de ses vœux n'est pas sans impact sur la société dès lors qu'elle « implique aussi, de toute nécessité, l'inévitable limitation permanente de l'action politique d'après des lois exactement déterminées, puisque, s'il en était autrement, la série générale des événements sociaux, toujours exposée à de profondes perturbations inspirées par l'accidentelle intervention prépondérante du législateur, soit divin, soit humain, ne pourrait être aucunement prévue avec une sécurité vraiment scientifique²²⁵⁷ ». En ce qu'elle postule la capacité de la loi à prédéterminer sa propre application, ce n'est pas que la liberté des juges que la logique cartésienne de la sécurité juridique entend réduire à néant mais toute imprévisibilité quelle qu'elle soit. Or, la liberté humaine exige que soit laissée une place à l'inattendu de la décision²²⁵⁸. Le seul moyen que le droit soit parfaitement prévisible est qu'il puisse causer, dans le sens wébérien, toutes les actions humaines. Le moindre espace de liberté ouvre en effet la voie à la marge d'appréciation ou à l'interprétation, bref à l'imprévisible. Sur le plan juridictionnel, le déterminisme juridique signifie non seulement que le juge ne peut être que la bouche de la loi, prohibant toute prise en compte du cas particulier, mais également l'inutilité même du procès. Toute l'ambiguïté est là : l'homme veut être libre

²²⁵⁵ Voy. *supra*, n° 279.

²²⁵⁶ En ce sens, voy. M. WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 164; E. WEIL, *Philosophie politique*, Vrin, Paris, 1956, p. 76; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention*, *op. cit.*, p. 660.

²²⁵⁷ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, 5^e éd., *op. cit.*, vol. 4, 48^e leçon, p. 250.

²²⁵⁸ Derrida prête à Kierkegaard cette phrase célèbre : « L'instant de la décision est une folie » (*Force de loi*, *op. cit.*, p. 58).

mais que le reste du monde soit déterminé afin de lui permettre d'agir en connaissance « de causes » et donc, de leurs effets.

520. — Certes, comme l'écrivait le cardinal Mercier, l'âme humaine « naturellement a besoin de certitude et le doute lui est un tourment²²⁵⁹ ». Cependant, le postulat du libre arbitre constitue un des fondements de la responsabilité juridique, voire du système démocratique tout entier, qui repose sur le libre choix du citoyen de pouvoir élire ses représentants. Si on accepte de faire le pari de la liberté, qui pourrait se glisser dans la faille selon laquelle il est possible que tout soit causé sans nécessairement que tout soit déterminé, alors la logique cartésienne de la sécurité juridique mène à une impasse. N'est-ce pas la leçon que nous enseigne le procès considéré comme un événement potentiel, au sens de Badiou ? Il en résulte que l'incertitude relative du droit n'est pas nécessairement une mauvaise chose mais, peut-être, une des conditions de la liberté humaine²²⁶⁰. Le plaidoyer pour la logique fiduciaire peut donc se prévaloir d'un argument supplémentaire de taille, celui de la liberté, contre les implications liberticides de son pendant cartésien. Au contraire de la certitude mécaniste, la confiance est un mécanisme qui laisse une place à la liberté, voire la présuppose alors que, dans un monde parfaitement déterministe, elle est inutile. Dans un monde où règnent la contingence et les probabilités, elle est, comme le relevait Luhmann, un élément de réduction de la complexité sociale.

2. La sécurité juridique, le droit et le temps

521. — Le droit a échoué dans ses prétentions à assurer une certitude « aussi grande que celle de n'importe quelle science », comme l'espérait John Fortescue-Aland en 1714²²⁶¹. Or, une des missions que le paradigme cartésien souhaitait confier au droit consistait notamment

²²⁵⁹ D. MERCIER, *Cours de philosophie*, op. cit., p. 117.

²²⁶⁰ Selon J. FRANK, « Much of the uncertainty of law is not an unfortunate accident, it is of immense value » (*Law and the Modern Mind*, op. cit., p. 7. Selon TOULMIN, « Tolerating the resulting plurality, ambiguity, or the lack of certainty is no error, let alone a sin » (*Cosmopolis*, op. cit., p. 30). Voy. également le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, v^o Sécurité (A.-J. Arnaud), p. 544 : « Liberté et insécurité sont en relation réciproque, l'une vivante de l'autre ».

²²⁶¹ Voy. *supra*, n^o 209 : « And as to the Nature of Law in general, [...], I can't but think it capable of as great Certainty, as any Science, or profession whatsoever (that noble, and perhaps only Science, Mathematicks, excepted) ».

à domestiquer le temps²²⁶². La question du rapport du droit au temps, deuxième thématique qui est apparue en filigrane tout au long de notre recherche, est inévitable lorsqu'on aborde le principe de sécurité juridique. Elle est, en effet, au cœur de la plupart de ses exigences, que ce soit la nécessité de mesures transitoires ou d'un délai raisonnable ou les principes de non-rétroactivité et de l'autorité de chose jugée. Or, si le temps est bien une « construction sociale²²⁶³ », encore faut-il déterminer quelle est celle qui doit prévaloir dans l'appréhension du principe.

522. — Marcel Gauchet souligne ainsi ce qu'il appelle l'« (é)quivoque constitutive de l'expérience du temps », et qui est un « partage entre un toujours déjà-là qui nous réduit à rien et un jamais encore advenu qui nous projette dans la libre ouverture d'un faire [...]. Ou bien la soumission à un ordre intégralement reçu, déterminé d'avant et du dehors de notre volonté ; ou bien la responsabilité d'un ordre reconnu procéder de la volonté d'individus réputés eux-mêmes préexister au lien qui les tient ensemble ». Selon lui, tout s'est passé comme si, « à partir de cette duplication première », l'espèce humaine n'avait cessé d'osciller entre ces deux dispositions temporelles²²⁶⁴. On le voit, le thème du temps est, évidemment, lié à celui du déterminisme et du libre-arbitre. La question de la prévisibilité du droit n'est-elle pas apparue importante lorsque l'homme s'est trouvé acculé à prendre la place de Dieu ? Par ailleurs, la dimension axiologique du droit nous rappelle que la gestion juridique du temps n'est jamais neutre mais renvoie à des valeurs qui font le cas échéant l'objet de véritables choix de société et s'inscrivent généralement dans le paradigme de pensée dominant²²⁶⁵. Chacun des

²²⁶² Comme l'écrit J. ELLUL, « (u)ne des plus grandes fonctions du droit est sa fonction de stabilisation du temps » (« Sur l'artificialité du droit... », *op. cit.*, 1963, p. 28). Il écrit encore : « Si le droit est réponse à l'expérience du temps, à l'incertitude du futur, alors nous pouvons dire qu'il correspond à une recherche spontanée de sécurité – c'est un facteur de sécurisation pour l'homme vivant dans un univers instable et menaçant – c'est un moyen de protection, non pas tellement de ses "droits", mais de lui-même, de sa personne entière – et nous avons probablement ici un des éléments les plus fondamentaux du droit » (*ibid.*, 1965, p. 192). Pour LUHMANN, « The central concern of law is what may happen in the future » (*A sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 264).

²²⁶³ F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 12-13.

²²⁶⁴ M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, *op. cit.*, p. 24.

²²⁶⁵ F. OST, « L'heure du jugement... », *op. cit.*, p. 112 (« Le passé n'est jamais monolithique et donné une fois pour toutes ; il se prête à diverses reconstructions du présent auxquelles les anticipations de l'avenir ne sont certes pas étrangères »).

fondements de la sécurité juridique s'inscrit dans une des branches de cette « duplication première » mise en évidence par Gauchet.

523. — La logique *cartésienne* de la sécurité juridique relève clairement d'un « ordre intégralement reçu, déterminé d'avant et du dehors de notre volonté ». Le droit doit être clair, précis et prévisible pour permettre à ses destinataires de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes. Il doit être stable et prohibe tout effet rétroactif quel qu'il soit. Les notions de précédent²²⁶⁶, de droit acquis ou de l'autorité de chose jugée imposent au présent le respect du passé et le recours au syllogisme judiciaire sanctifie ce temps figé. La logique cartésienne de la sécurité juridique tend à mobiliser le passé dans le présent pour immobiliser le futur. Elle suppose une temporalité uniforme et continue alors que le droit doit appréhender une réalité qui ne l'est pas²²⁶⁷.

524. — L'idée d'un ordre « jamais encore advenu », issu de la « volonté d'individus réputés eux-mêmes préexister au lien qui les tient ensemble » actionne le registre du contrat social. Elle mène sans doute à une version radicale de la logique subjective de la sécurité juridique, dont rend compte le courant *Law and Economics*. Si la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique se rattache davantage à cette alternative temporelle, en ce qu'elle insiste sur la responsabilité humaine et sur une temporalité qui reste à construire, elle se situe néanmoins dans une dimension plus interactionnelle, dans le sens d'une interaction entre les individus et les autorités, mais également entre le passé, le présent et le futur. Comme l'écrivait Niklas Luhmann, si la confiance « a besoin de l'histoire en tant que fondement d'assurance », elle n'est pas pour autant une conséquence du passé mais « extrapole au contraire à partir des informations dont elle dispose relativement au passé et se risque à déterminer l'avenir ». Cette détermination ne peut cependant être qu'imparfaite et, s'il est vrai que celui « qui fait confiance anticipe l'avenir », il serait trop simpliste de considérer que la confiance permet de « transcender le temps » alors qu'elle ne peut, en tant que forme de la

²²⁶⁶ Dans sa version qui précède le *Practice Statement* de 1966 (voy. *supra* n° 234).

²²⁶⁷ A.W. WATTS, *Éloge de l'insécurité*, *op. cit.*, p. 89 : « La notion de sécurité est fondée sur le sentiment qu'il y a quelque chose en nous de permanent, quelque chose qui survit à travers toutes les époques et les changements de la vie ». Comme l'écrit F. RIGAUX, la sécurité juridique « consiste à insérer l'avenir dans le présent, en garantissant comment le système fonctionnera » (*Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 371).

certitude, que garantir le présent²²⁶⁸. Plutôt que d'offrir une continuité mythique, le temps apparaît comme une « durée, trouée de discontinuités multiples, toujours à réinventer²²⁶⁹ ». Alors que la logique cartésienne postule la capacité de garantir *a priori* les conséquences juridiques de tout événement futur, la logique fiduciaire propose un tout autre rapport au temps. Elle ne revendique rien de plus que ce que le droit peut offrir, à savoir l'assurance que les attentes légitimement formées *a priori* seront prises en compte *a posteriori*. La mesure de cette prise en considération dépend évidemment de l'autorité qui est compétente (législateur ou juge), du niveau de protection auquel peut prétendre l'attente ainsi que des autres intérêts qui sont en jeu. Au lieu d'idéaliser un passé immuable et un futur figé, la logique fiduciaire insiste sur le fait que le droit doit tenir compte des situations juridiques existantes, en privilégiant l'adoption de mesures transitoires en cas de nouvelle législation ou le recours au droit transitoire jurisprudentiel en cas de nouvelle solution prétorienne.

525. — Finalement, nous rappelle Edgar Morin, « l'incertitude n'est jamais totale » car il existe « des îlots de certitude et des zones d'incertitude en fonction desquels peuvent se construire la stratégie de pensée et la stratégie de l'action²²⁷⁰ ». Les sujets de droit de l'ordre juridique de l'Union européenne disposent également de ces îlots de certitude qui leur permettent d'orienter, globalement, leur action. Ils ont tout intérêt à tenir compte de l'incertitude du droit qui résulte de l'inévitable contingence sociale²²⁷¹. Dans un petit livre stimulant publié en 1951, le philosophe américain Alan Watts écrivait que l'insécurité « résulte de la volonté d'atteindre la sécurité », selon la loi de l'effort inverse²²⁷². Si on peut donner quelque crédit à cette idée, peut-être est-ce du côté de Sénèque qu'on trouvera la sagesse ultime en ce qui concerne les rapports entre le temps et la sécurité juridique : « On jouit pleinement

²²⁶⁸ N. LUHMANN, *La confiance*, op. cit., p. 9-13 et 17-22.

²²⁶⁹ F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 27.

²²⁷⁰ « Edgar Morin, philosophe de l'incertain », propos recueillis par F. Ewald, *Le Magazine Littéraire*, n° 312 : *La fin des certitudes. De Sénèque à Edgar Morin*, juillet 1993, p. 21.

²²⁷¹ Voy. *supra*, n° 412.

²²⁷² A.W. WATTS, *Éloge de l'insécurité*, op. cit., p. 9.

et avec sécurité de soi-même, quand on attend le lendemain sans inquiétude²²⁷³ ».

3. La sécurité juridique, les valeurs et l'État

526. — Derrière l'apparente neutralité des exigences d'accessibilité, de clarté, de précision, de prévisibilité et de stabilité du droit, se révèlent des enjeux axiologiques, voire idéologiques et ce, dans chacune des logiques que nous avons mises au jour²²⁷⁴. Cela ne fait pas de doute en ce qui concerne la logique *politique* de la sécurité juridique, qui mobilise ses exigences dans un souci d'assurer l'effectivité de l'ordre juridique instauré par le pouvoir en place. Tant Justinien que les rois de France souhaitaient un droit uniforme et connu afin de consolider leur pouvoir. Cette quête d'effectivité sera reprise, de façon plus subtile, par les États modernes. On l'a vu, le Léviathan, décrit par Hobbes comme étant l'équivalent terrestre de Dieu, va progressivement le remplacer dans son rôle de garant de la certitude et de la sécurité. Si la prétention scientifique de la logique *cartésienne* avait pu laisser présager une neutralité irréprochable, il est apparu qu'elle devait notamment sa survivance à sa mobilisation par les idéaux démocratiques, pour le plus grand bénéfice des pouvoirs étatiques émergents.

527. — Aujourd'hui, l'État s'épuise dans la tentative, constante et désespérée, de concilier les attentes démultipliées qu'il suscite et les déceptions croissantes qu'il engendre, dans un contexte mondialisé sur lequel son emprise se réduit toujours davantage. Ces attentes visent non seulement la revendication de droits toujours plus nombreux mais également un besoin de sécurité croissant. S'il est vrai que « théoriquement l'homme est maintenant en sûreté par rapport aux phénomènes

²²⁷³ SÉNÈQUE, « Lettres à Lucilius », *op. cit.*, p. 25.

²²⁷⁴ F. OST évoquait ainsi un « terme "fourre-tout" aux accents idéologiques prononcés » (*Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 151). En ce sens, voy. également Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 166 et s. Selon B. PACTEAU, « La sécurité, c'est en somme tout à la fois : savoir et prévoir. Il y a assurément du conservatisme, voire un risque d'immobilisme, dans cette sécurité » (« La sécurité juridique », *op. cit.*, p. 154).

naturels », J. Ellul constate, avec d'autres, « un très vif sentiment d'insécurité chez l'homme moderne²²⁷⁵ ».

Depuis les travaux d'Ulrich Beck sur la société du risque, il est acquis que ce sentiment ne provient plus seulement de l'environnement naturel mais, de plus en plus, de la société elle-même qui crée les conditions de sa propre mise en danger²²⁷⁶.

528. — Une telle situation, on s'en doute, est de nature à renforcer les revendications de la logique *subjective* de la sécurité juridique. Tout comme les autres, cette logique n'est pas étrangère à des considérations d'ordre idéologique. Si elle est un facteur d'émancipation, elle peut également être mise au service d'une conception radicalement individualiste du monde. On peut rappeler à cet égard que le point de départ de Locke est la défense du droit de propriété (le respect du « droit acquis »). Selon G. de Stexhe, la pensée du philosophe anglais est décisive dans le passage de l'idée de contrat à celle de marché, dès lors qu'il promet une « technique de répartition des possessions », propre à la relation marchande, plutôt qu'une « forme de rassemblement dans la coopération », ce qui entraîne le contrat social « dans une direction qui est décidément celle de l'individualisme²²⁷⁷ ». Les théories économiques du courant *Law and Economics* ou des penseurs libéraux comme Hayek ou Leoni semblent même réduire le droit à la sécurité qu'il peut assurer afin de garantir le libre marché.

529. — La sécurité juridique se présente ainsi, particulièrement au niveau de l'Union européenne, comme une condition *sine qua non* de la sécurité des échanges dans le marché commun. L'arrière-plan de toute activité économique est, en effet, que les opérateurs vivent dans un monde incertain et le droit doit leur permettre de réduire cette incertitude²²⁷⁸.

²²⁷⁵ J. ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1965, p. 200. Dans le même sens, voy. D. ZOLO, « The Rule of Law... », *op. cit.*, p. 52 ; M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, p. 427).

²²⁷⁶ Voy. U. BECK, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, trad. de l'all. par L. Bernardi, Aubier, Paris, 2002.

²²⁷⁷ G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 207.

²²⁷⁸ Certains auteurs pointent le soutien de la sécurité juridique aux enjeux économiques (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime*, *op. cit.*, p. 123 et 432 ; R. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 218 ; A.-L. SIBONY, « La jurisprudence de la Cour au prisme de la science économique », in *Dans la fabrique du droit européen*, *op. cit.*, p. 171-197) ou le sens économique de la protection des attentes légitimes (E. SHARPSTON, « Legitimate Expectations and

Or, si elle vise à servir les intérêts des opérateurs économiques, cette logique *subjective* de la sécurité juridique ne masque-t-elle pas une logique *politique* d'un type nouveau, en mobilisant ses exigences au service de ce nouveau pouvoir que constitue le « Divin Marché²²⁷⁹ » ? Cette question mériterait assurément d'être développée, même si ce ne peut être l'objet d'une conclusion. On se contentera de rappeler cette mise en garde adressée par Owen Fiss en 1986 : « Le rôle du droit n'est ni de perfectionner, ni de reproduire le marché [...]. Le devoir du juge n'est pas de servir le marché mais de déterminer s'il doit prévaloir²²⁸⁰ ».

530. — Enfin, il serait vain de prétendre que la logique de la sécurité juridique que nous appelons de *vœux serait détachée de toute position axiologique. En revenant à l'esprit du contrat social, nous avons défendu une conception interactionnelle du droit, événementielle du procès et fiduciaire de la sécurité juridique. Ces notions ont, certes, une vocation *descriptive* importante, bien que souvent occultée. Une partie conséquente du fonctionnement de tout ordre normatif et de sa prévisibilité relative tient à ce que les obligations de ses acteurs respectent un certain équilibre et que ses autorités veillent à tenir compte, dans une mesure raisonnable, de la confiance des destinataires des actes qu'elles édictent. Il est clair cependant que, dans le registre *normatif*, nous présentons une vision particulière de la société et du droit qui a gagné notre conviction. A défaut d'apporter au lecteur une certitude absolue, nous espérons qu'elle aura, à tout le moins, suscité sa confiance²²⁸¹.

Economic Reality », *op. cit.*, p. 110 : « Where denying legitimate expectations is futile from a policy point of view and causes damages to the individual trader, it is both economically and legally logical to conclude that such expectations should be respected »).

²²⁷⁹ D.-R. DUFOUR, *Le Divin Marché : La révolution culturelle libérale*, Denoël, Paris, 2007. De façon sans doute un peu radicale, J. BOULOUIS estime que, un des caractères fondamentaux du droit européen étant d'être l'« instrument d'une action économique dont il doit épouser la flexibilité », la sécurité juridique ne peut que jouer un rôle limité, ne pouvant être invoquée lorsqu'elle ferait échec à la fonction même du mécanisme économique concerné, étant atténuée lorsque l'action économique l'exige et reprenant tout son empire lorsque ne sont en cause que des mécanismes juridiques dont le caractère propre est d'ordre purement formel » (Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 55-56).

²²⁸⁰ O. FISS, « The Death of the Law », *op. cit.*, p. 8 (trad. libre : « The role of the law is neither to perfect nor to replicate the market [...]. The duty of the judge is not to serve the market, but to determine whether it should prevail »).

²²⁸¹ Dans un sens comparable, nous semble-t-il, Fr. OST écrit que, sans les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, « il n'est pas de lien social durable » (*Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 164-165).

LISTE DES ABRÉVIATIONS

- A.C.** : Appeal Cases Law Report
Aff. : affaire (introduite à la Cour de justice avant 1989)
Aff. jtes. : affaires jointes
A.G. : avocat général
A.J.C.L. : American Journal of Comparative Law
A.J.D.A. : Actualité juridique – Droit administratif
Am. J. Comp. L. : The American Journal of Comparative Law
Am. J. Int'l L. : American Journal of International Law
A.J.P. : American Journal of Physics
ANRT : Association nationale de la recherche et de la technologie
A.P.D. : Archives de philosophies du droit
A.R.S.P. : Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Boston University L.R. : Boston University Law Review
Brook. J. Int'l L. : Brooklyn Journal of International Law
B.Y.I.L. : British Yearbook of International Law
Cah. Fac. Sc. Soc. Nam : Cahiers de la faculté des Sciences économiques, sociales et de gestion de Namur
Cambridge L.J. : Cambridge Law Journal
Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud. : Cambridge Yearbook of European Legal Studies
Cardozo. L.Rev. : Cardozo Law Review
C.D.E. : Cahiers de droit européen
C.E. : Communauté(s) européenne(s)
C.E.C.A. : Communauté européenne du charbon et de l'acier
C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme
C.E.E. : Communauté économique européenne

C.E.P.E.J. : Commission européenne pour l'efficacité de la justice
C.J.U.E. : Cour de justice de l'Union européenne
C.L.R. : Columbia Law Review
C.M.L.R. : Common Market Law Review
CNRS : Centre national de la recherche scientifique
Colum. L. Rev. : Columbia Law Review
Colum. J. Eur. L. : Columbia Journal of European Law
Cornell L. Q. : Cornell Law Quarterly
Cornell L.R. : Cornell Law Review
C.U.P. : Cambridge University Press
E.D.C.E. : Études et documents du Conseil d'État
Eur. Const. L. Rev. : European Constitutional Law Review
Eur. J. L. Reform : European Journal of Law Reform
E.J.L.S. : European Journal of Legal Studies
E.L.J. : European Law Journal
E.L.R. : European Law Review
Eur. Pub. L. : European Public Law
Fac. L. Rev. : Faculty of Law Review (University of Toronto)
G.L.J. : German Law Journal
Hanse L. Rev. : Hanse Law Review
Harv. L. R. : Harvard Law Review
Intern. & Comp. L. Q. : International Comparative Law Quarterly
I.J.Const.L. : International Journal of Constitutional Law
Iowa L. Rev. : Iowa Law Review
I.R. : Irish Report
J.C.P. : Juris-classeur périodique
J.D.E. : Journal de droit européen
J.O. /J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés européennes
J.O. /J.O.U.E. : Journal officiel de l'Union européenne
J. Publ. L. : Journal of Public Law
J.T. : Journal des tribunaux
K.B. : King's Bench Division Law Report
Law & Cont. Prob. : Law and Contemporary Problems
L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

L.Q.R. : Law Quarterly Review
Marq. L. Rev. : Marquette Law Review
Mod. L.R. : Modern Law Review
New York Univ.L.R. : New York University Law Review
N.Z. L. Rev. : New Zealand Law Review
Otago L. Rev. : Otago Law Review
O.J.L.S. : Oxford Journal of Legal Studies
O.R.D. : Organe de règlement des différends (OMC)
O.U.P. : Oxford University Press
Publ. des F.U.S.L. : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis
PUF : Presses universitaires de France
R.D.C. : Revue de droit commercial
R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique en France
 et à l'étranger
R.D.S. : Revue de droit suisse
Rec. Dalloz : Recueil Dalloz
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
R.I.D.C. : Revue internationale de droit comparé
R.I.E.J. : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
R.T.D. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. d. h. : Revue trimestrielle des droits de l'homme
Rec. : Recueil de la jurisprudence des juridictions communautaires
Rev. dr. U.L.B. : Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
R.I.D.C. : Revue internationale de droit comparé
R.I.D.E. : Revue internationale de droit économique
R.P.D.B. : Recueil pratique de droit belge
R.R.J. : Revue de la recherche juridique
R.T.D.civ. : Revue trimestrielle de droit civil
S. Cal. L. Rev. : Southern California Law Review
Stan L.R. : Stanford Law Review
Temp. L.Q. : Temple Law Quarterly
Texas L. Rev. : Texas Law Review
T.U.E. : Tribunal de l'Union européenne

Tul. J. Int’L & Comp. L. : Tulane Journal of International and Comparative Law

U.K.H.L. : United Kingdom House of Lords (Decisions Report)

U. Miami L. Rev. : University of Miami Law Review

U. Mo. Kan. City L. Rev. : University of Missouri-Kansas City Law Review

Virginia L.Rev. : Virginia Law Review

Penn L. Rev. : University of Pennsylvania Law Review

W.L. Rev. : Wisconsin Law Review

W. Va. L. Rev. : West Virginia Law Review

Wm & Mary L. Rev. : William & Mary Law Review

Yale.L.J. : Yale Law Journal

BIBLIOGRAPHIE*

AARNIO, A., « Introduction », in A. PECZENIK, *On Law and Reason*, 2^e éd., Springer, 2009, p. 1-12

ADER, H., IDOT, L., et URBINO-SOULIER, F., « L'insécurité dans le droit communautaire », *La Semaine juridique-Édition entreprise*, 1990, n° 48, suppl. 6, p. 32 et s.

AGAMBEN, G., *L'état d'exception. Homo Sacer II*, trad. par J. Gayraud, Ed. du Seuil, Paris, 2003

AKEHURST, M., « Equity and General Principles of Law », *Intern. & Comp. L. Q.*, 1976, p. 801-825

AKEHURST, M., « The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities », *B.Y.I.L.*, 1981, p. 29-51

ALEXANDER, L., « Precedent », in *A companion to Philosophy of Law and legal Theory*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishers, 1996, p. 503-513

ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation*, trad. R. Adler et N. McCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989

ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, O.U.P., Oxford, 2002

ALEXY, R., « Balancing, constitutional review, and representation », *Int. J. Const. Law*, 2005, p. 572-581

AMSELEK, P., « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in *Le doute et le droit*, F. Terré, (dir.), Dalloz, Paris, 1994, p. 57-78

AQUIN, Th. (D'), *Du gouvernement royal*, trad. par Cl. Rouget et M. l'abbé Poupon, Livre I^{er}, chap. I^{er}

AQUIN, Th. (D'), *Somme théologique*, t. III, trad. par M. l'abbé Drioux, Ed. Eugène Belin, Paris, 1852, Ia-IIa et IIa-IIae

ARENDS, J. Fr. M., « From Homer to Hobbes and Beyond – Aspects of 'security' in the European Tradition », in *Globalization and Environmental Challenges*, Hexagon Series on Human and Environmental Security and Peace, 2008, volume 3, part III, p. 263-277

* La présente bibliographie reprend l'ensemble des contributions doctrinales citées dans la présente étude.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, ; L. V, trad. par R. Bodéüs, Flammarion, Paris, 2008 ; L. VI, trad. par R.A. Gauthier et J.Y. Jolif, 2^e éd., Publ. Univ. de Louvain, 1970 ; L. VI., trad. par J. Tricot, Vrin, Paris, 1990

ARNULL, A., *The General Principles of EEC Law and the Individual*, Leicester University Press, London, 1990

ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, O.U.P., Oxford, 1999

ARROW, K.J., *The Limits of Organization*, Norton & Company, New York-Londres, 1974

ATIAS, C., *Épistémologie juridique*, PUF, Paris, 1985

AUBERT, J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz-Sirey, 2004

AUBY, J.-B. et DERO-BUGNY, D., « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », in *Droit administratif européen*, Auby J.-B., et J. Dutheil de la Rochère, (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 473-491

AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. par MM. Péronne, Ecalte, Vincent, Charpentier, Ed. Louis Vivès, Paris, 1870, Livre XXI, chap. 16

AUSTIN, J.A., *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, Londres, 1832

AZOULAI, L., « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et le paradigme de la traduction », in *Traduction et droits européens: enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, A. Bailleux, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009, p. 181-199

AZOULAI, L., « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, P. Mbongo et A. Vaucher (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 153-169

BACHELARD, G., *Le nouvel esprit scientifique*, 10^e éd., PUF, 1968

BADIOU, A., *Manifeste pour la philosophie*, Les Éditions du Seuil, Paris, 1989

BADIOU, A., *L'Éthique. Essai sur la conscience du mal*, Nous, Caen, 2003

BAILEY, G.G., « Predictability of the Law ; Its relation to Respect for Law », *W. Va. L. Rev.*, 1963-1964, p. 1-8

BAILLEUX, A. et BONBLED, N., « De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre) : de Bruges à Bruges, en passant par Bruxelles et Luxembourg », *R.I.E.J.*, vol. 57, 2006, p. 219-253

BAILLEUX, A., *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009

BALATE, E., « Observations sur la sécurité juridique et la complexité du droit. Commentaire du rapport annuel public 2006 du Conseil d'État français », *J.T.*, 2006, p. 439-441

BARAK-EREZ, D., « The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests », *Eur. Pub. L.*, 2005, p. 583-601

BARAV, A., « Déviation préjudicielle », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Éditions A. Pedone, Paris, 2004, p. 227-247

BARNES, J., « Sources of doubt and the quest for legal certainty », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 2, p. 119-154

BASTA FLEINER, L.R., « Quelques considérations sur la relation conceptuelle entre la "Rule of Law" et le "Rechtsstaat" », in *Mélanges Patrice Gélard. Les défis du constitutionnalisme*, P. Thibault, B. Pelletier, L. Perret, (dir.), LGDJ, Paris, 1999, p. 9-11

BATTIFOL, H., *La philosophie du droit*, PUF, coll., « Que sais-je? », 10^e éd., 1997

BEALE, J.H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. I, Baker, Voorhis & Co., New York, 1935

BEAUTHIER, R., *Droit et genèse de l'État*, 2^e éd., Ed. de l'ULB, Bruxelles, 2002

BECCARIA, C., *Des délits et des peines* (sans mention de traducteur), Ed. Guillaumin, Paris, 1870

BEERNAERT, M.-A., DE RUE, M., et WATTIER I., « L'accessibilité et l'intelligibilité du droit contemporain en matière pénale », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly. Loyauté, justice et vérité*, La Charte, Bruxelles, 2009, p. 17-37

BELJIN, S., « Rights in EU Law », in *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, S. Prechal et B. van Roermund (eds), O.U.P., 2008, p. 91-120

BELL, J., « Le règne du droit et le règne du juge », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 15-28

BEN MERZOUK, E., *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dactylographiée, Paris II, 2003

BEN MERZOUK, E., *La sécurité juridique en droit positif. Une valeur irréductible à la norme*, Éditions universitaires européennes, 2010

BENTHAM, J., *De l'organisation judiciaire et de la codification (extraits de divers ouvrages de Jérémie Bentham)*, par E. Dumon, Hector Bossange, Paris, 1828, p. 349-359

BENTHAM, J., « Anarchical Fallacies », in *The Works of Jeremy Bentham*, Ed. W. Tait, Edimbourg, 1839, part. VIII

BENTHAM, J., « The Book of Fallacies », in *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimbourg, 1838-1843, vol. II, L. VIII

BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1907

BENTHAM, J., *Traité de législation civile et pénale*, t. III, trad. par E. Dumon, Ed. Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802

BENTHAM, J., *Theory of Legislation*, trad. par R. Hildreth, 2^e éd., Ed. Trübner, Londres, 1871

BENYEKHEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Ed. Thémis, 2008

BERGSON, H., « Comment doivent écrire les philosophes », in *Philosophie*, n° 54, Éd. de Minuit, juin 1997, p. 1-13

BERMAN, H., *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983

BERNARD, E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010

BERNARDI, B., « Introduction. Pour lire le *Contrat social* », in J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, GF Flammarion, Paris, 2001, p. 5-32

BERTEA, S., « Towards a New Paradigm of Legal Certainty », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 1, p. 25-45

BIX, B., *Law, Language and Legal Indeterminacy*, Clarendon Press, Oxford, 1995

BLACKSTONE, W., *Commentaries on Laws of England*, 6^e éd., Londres, 1825

BOARINI, S., « Collection, comparaison, concertation. Le traitement du cas, de la casuistique moderne aux conférences de consensus », in *Penser par cas*, J.-Cl. Passeron et J. Revel (dir.), Ed. de l'EHESS, Paris, 2005, p. 129-157

BODIN, J., *Les six livres de la République*, abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583 édité par G. Mairet, coll. « Les classiques des sciences sociales »

BODIN, J., *Exposé du droit universel*, trad. par L. Jerphagnon, PUF, Paris, 1985

BOUKEMA, H.J.M., *Judging. Towards a Rational Judicial Process*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1980

BOULANGER, J., « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 51-74

BOULOUIS, J., « A propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. 1, p. 149-162

BOULOUIS, J., « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum P. Pescatore*, Capatorti, F., e.a. (éd.), Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 53-58

BOULOUIS, J., « Quelques réflexions à propos du langage juridique communautaire », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 14, 1991, p. 97-104

BOULOUIS, J., et CHEVALLIER, R.-M., *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. 1 : *Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 1991, et 6^e éd., 1994

BRAILSFORD, H.N., *The Levellers and the English Revolution*, Spokesman, Nottingham, 1983, 2^e éd.

BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 125-152

BRIZA, P., « Is there anything left of *res judicata* principle ? », *C.J.Q.*, 2008, p. 40-50

BRONNER, G., *L'incertitude*, PUF, Paris, 1997

BRUNET, P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197-217

BRUNET, P., « La sécurité juridique : nouvel opium des juges », in *Droits et libertés en questions. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 247-250

BRUNET P., et V. CHAMPEIL-DESPLATS, V., « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », in *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2012, p. 385-425

BUCH, H., « A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1972, t.3, p. 417-434

BURKE, E., « Tracts on the Popery Laws », in *Letters, Speeches and Tracts on Irish Affairs*, Macmillan, Londres, 1887

BURKE, E., *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, J. Dodsley, Londres, 1790

CADIET, L., « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Equité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998, p. 87-107

CAHN, E., *The Sense of Injustice. An Anthropocentric View of Law*, New York University Press, 1949

CAIRNS, H., *The Theory of Legal Science*, The University of North Carolina Press, 1941

CALMES, S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001

CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 7^e éd., 1992, et 10^e éd., 2001

CARDOZO, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921

CARDOZO, B. N., *The Paradoxes of Legal Science*, Greenwood Press, Westport, 1930

CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I^{er}, Sirey, Paris, 1920, rééd. CNRS, 1962

CARLYLE, A.J., « Le bien commun, la justice et la sécurité juridique dans la conception médiévale du droit », in *Le but du droit : bien commun, justice*,

sécurité. Travaux de la troisième session de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique, t. 3, Paris, Sirey, 1938, p. 17-28

CARTOU, L., « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit communautaire », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. 1, p. 163-171

CEREXHE, E., « Le droit en crise », in *Liber Amicorum P. Delnoy*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 853-861

CHAMPEIL-DESPLATS et TROPER, M., « Introduction », in *Théorie des contraintes juridiques*, in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), L.G.D.J., Paris, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 1-7

CHAMPEIL-DESPLATS et TROPER, M., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), L.G.D.J., Paris, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 11-23

CHEVALLIER, J., « L'importation de l'État de droit », in *L'État de droit et la sécurité juridique*, Lesage, M. et Letowski, J. (éd.), Scholar, Varsovie, 1996, p. 33-46

CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 2008

CICÉRON, *Des Devoirs*, trad. de Gallon-La Bastide, Ed. Lefebvre, Paris, 1821, t. XXVII

CICÉRON, *De la République*, trad. par M. Villemain, Ed. Michaud, Paris, 1823, Livre I, XXV

CICÉRON, *Des Lois*, trad. par J.-C. Le Clerc, Ed. Lefebvre, Paris, 1821, t. XXVII, Livre II, V

CICÉRON, « Seconde action contre Verres », in *Œuvres complètes de Cicéron*, trad. en français publiée sous la direction de M. Nisard, t. II, Firmin Didot Frères, Paris, 1840

CICÉRON, « Plaidoyer pour A. Cluentius », in *Œuvres complètes de Cicéron*, trad. en français publiée sous la direction de M. Nisard, t. II, Firmin Didot Frères, Paris, 1840

CLÉRO, J.-P., « Une hypothèse sur l'éclipse de la notion de contrat social », in *L'idée de contrat social. Genèse et crise d'un modèle philosophique*, J.-P. Cléro et Th. Ménissier (dir.), Ellipses, Paris, 2004, p. 93-118

COHEN, M.R., « Positivism and the Limits of Idealism in the Law », *Columbia Law Review*, 1927, p. 237-250

COIPEL, M., « La signification de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" », *Cah. Fac. Sc. Soc. Nam.*, 1988

COLEMAN, G., « The Scandinavian Legal Realists : a Critical Analysis », *Fac. L. Rev.*, 1960, p. 152-162

COLEMAN, J.L. et LEITER, B., « Determinacy, Objectivity, and Authority », *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, p. 549-637

COMANDUCCI, P., « Aarnio and legal certainty », *Rechtstheorie*, 1995, p. 27-44

- COMTE, A., *Cours de philosophie positive*, Bachelier, Paris, 1835, t. II, 28^e leçon ; 2^e éd., Borrani et Droz, Paris, 1852, t. I ; 5^e éd., Au siège de la société positiviste, Paris, 1893, vol. 4, 47 et 48^{es} leçons
- CONSTANT, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, 1822
- CONWAY, G., « Levels of Generality in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », *European Law Journal*, 2008, p. 787-805
- COPPEL, J., « Time up for Emmott ? », *Industrial Law Review*, 1996, p. 153-160
- COSTA, P., « Rule of Law : a Historical Introduction », in *The Rule of Law History. Theory and Criticism*, P. Costa et D. Zolo (eds), Springer Netherlands, 2007, p. 73-149
- COUDERT, Fr. R., *Certainty and Justice ; Studies of the Conflict Between Precedent and Progress in the Development of the Law*, D. Appleton & Cy., New York-Londres, 1913
- COUTRON, L., « L'identification du revirement en droit de l'Union européenne et la normativité de la jurisprudence », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. Carpano (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 69-89
- CRAIG P., et DE BÛRCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999
- CRISTAU, A., « L'exigence de sécurité juridique », *D., Chron.*, 2002, p. 2814-2815
- CROIZIER, I., « Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire relative aux aides d'État », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Publications du Centre d'excellence Jean Monnet de Rennes, éditions Apogée, Rennes, 2006, p. 219-241
- CURTIS, M. K., « In pursuit of liberty: the levellers and the American bill of rights », *Const. Comment.*, 1991, p. 359-393
- DAWSON, M., « Transforming into What ? New Governance in the EU and the 'Managerial Sensibility' in Modern Law », *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 389-439
- DE BÉCHILLON, D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Jacob, Paris, 1997, p. 32-39
- DEFOSSEZ, A. et PETIT, N., « L'effet des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes », in *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, G. de Leval et F. Georges (dir.), Anthémis, CUP n° 102, 2008, p. 46-118
- DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, éd. du Seuil, Paris, 1994
- DELNOY, P., « Sécurité juridique et rédaction des textes », in *La sécurité juridique. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 139-158
- DEMOGUE, R., *Les Notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1911

DÉMOSTHÈNE, « Harangue contre Timocrate », in *Œuvres complètes*, trad. par M. l'abbé d'Augier, t. IV, Ed. Crapart, Paris, 1788

DE PAGE, H., *A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1931

DERRIDA, J., *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, Paris, 2005

DE SADELEER, N. et HACHEZ, I., « Hiérarchie et typologie des actes juridiques de l'Union européenne », in *Les innovations du traité de Lisbonne. Incidences pour le praticien*, H. Dumont, P. Jadoul, N. de Sadeleer et S. Vandrooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 45-152

DE SALVIA, M., « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11

DESCARTES, R., *Discours de la méthode*, Flammarion, Paris, 1900

DESCARTES, R., « Traité des passions de l'âme » in *Œuvres de Descartes*, Paris, Charpentier, 1850, p. 598 (article 166)

DESCARTES, R., *Méditations métaphysiques*, Flammarion, Paris, 1900

DE SCHUTTER, O., « Les cadres du jugement juridique », in *Annales de droit de Louvain*, 1998, p. 177-223

DE SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999

DE SCHUTTER, O., « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working Paper 2005/07*

DE STEXHE, G., « Négociation : le degré zéro et l'événement », in *Droit négocié, droit imposé?*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 197-221

DEUMIER, P., « Le revirement de jurisprudence en questions », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. Carpano (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 49-68

DEWEY, J., « Logical Method and Law », *Cornell L. Q.*, 1914-1925, p. 17-27

DEWEY, J., *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*, Putnam, New York, 1960

DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Macmillan & Co, 1927

DIEUX, X., *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1995

DIDRY, C., « Droit, histoire et politique dans la sociologie de Max Weber », in *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, M. Coutu et G. Rocher (dir.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 91-114

DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Ed. Nyon, Paris, 1757

DOMAT, J., « Traité des lois », in *Œuvres complètes*, t. I, Firmin Didot, Paris, 1828

DONY, M., « Les aides illicites et la confiance légitime – Les obstacles à la récupération des aides », note sous C.J.C.E., 20 septembre 1990, Commission/Allemagne, C-5/89, *R.D.C.*, 1991, p. 83-88

DONY, M., *Commentaire J. Mégret: contrôle des aides d'État*, 3^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007

DROSS, W., « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 7, p. 472-476

DUFOUR, A., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, PUF, Paris, 1991

DUFOUR, A., « Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale », in A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 402-415

DUFOUR, A., « Droit naturel/Droit positif », in A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 451-471

DUFOUR, A., « Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne », in A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 472-492

DUFOUR, G., *Sécurité juridique et règles de droit: Illustration en droit des contrats*, thèse, Lille II, ANRT, 2005

DUMONT, H., « La légitimité européenne dans la doctrine de la Cour constitutionnelle allemande. Un regard critique », in *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, C. Cheneviere et G. Duchenne (dir.), UCL Presses universitaires de Louvain, 2011, p. 11-29

DUMONT, H., « La Constitution: la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012, vol. 4, p. 101-189

DUMONT, J.-P., *Les sceptiques grecs*, textes choisis, PUF, Paris, 1966

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977

DWORKIN, R., *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998

DWORKIN, R., « La théorie du droit comme interprétation », trad. par F. Michaut, *Droit et société*, 1985, p. 99-114

DYZENHAUS, D., « Recrafting the Rule of Law », in *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 1-12

ECHAPPE, O., « L'équité en droit canonique », in *Justice et Équité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998

ECO, U., *Les limites de l'interprétation*, trad. par M. Bouzaher, Grasset, Paris, 1992

ELLUL, J., « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1963, p. 21-33 et *A.P.D.*, 1965, p. 191-207

ELLUL, J., « Remarques sur les origines de l'État », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 15, 1992, p. 11-18

ENDICOTT, A.O., *Vagueness in Law*, O.U.P., Oxford, 2000

ENGBERG, J., « Statutory Texts as Instances of Language(s) : Consequences and limitations on Interpretation », *Brook. J. Int'l L.*, 2004, p. 1135-1166

ÉPICURE, « Lettre à Ménécée », *Doctrines et maximes*, trad. M. Solovine, Hermann, Paris, 1938

ESKRIDGE, W. et FRICKEY, Ph., « Foreword: law as an equilibrium », *H.L.R.*, 1994, p. 26-108

EURIPIDE, « Les Suppliantes », in *Tragédies*, trad. par M. Artaud, Ed. Charpentier, Paris, 1842

EVANS, W.D., « Introduction », in POTHIER, *A Treatise on the Law of Obligations, Or Contracts*, volume 1, trad. du français par W.D. Evans, Ed. A. Strahan, Londres, 1806

FAIRFIELD, Th.E., « Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: 'Prospective Overruling' or 'Sunbursting' », *Marquette Law Review*, 1967-1968, p. 254-270

FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827

FERRAJOLI, F., « The Past and the Future of the Rule of Law », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, P. Costa et D. Zolo (eds), Springer Netherlands, 2007, p. 323-352

FINES, F., « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Éditions A. Pedone, Paris, 2004, p. 333-348

FINNIS, J., « On the Incoherence of Legal Positivism », in *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishing, 2003, p. 134-143

FISH, S., « Fish v. Fiss », *Stan. L. Rev.*, 1984, p. 1325-1347

FISH, S., *Doing what Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, 1989

FISS, O.M., « The Death of the Law », *Cornell Law Review*, 1986, p. 1-16

FLAESCH-MOUGIN, C., « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 99-152

FORTESCUE-ALAND, J., « The Preface », in J. FORTESCUE, *The Difference Between an Absolute and Limited Monarchy; As it more particularly regards the English Constitution*, Ed. W. Bowyer, Londres, 1714

FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009

- FREUD, S., *L'avenir d'une illusion*, trad. par M. Bonaparte, PUF, Paris, 1973, 3^e éd.
- FREUD, S., *Totem et tabou*, trad. par S. Jankélévitch, Payot, Paris, 1965
- FREUD, S., « D'une conception de l'univers », in *Nouvelles conférences sur la psychanalyse*, trad. par A. Berman, Gallimard, Paris, 1936
- FRISON-ROCHE, M.-A., « La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *R.T.D.civ.*, 2005, p. 310-312
- FROMONT, M., « République fédérale d'Allemagne. L'État de droit », *R.D.P.*, 1984-1985, p. 1204-1226
- FROMONT, M., « Le principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.*, numéro spécial 1996, p. 178-189
- FRYDMAN, B., *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, Bruxelles, 2005
- FRYDMAN, B., « Conclusion », in *Le dialogue des juges*. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 par le Centre Perelman de philosophie du droit, coll. « Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice », Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 147-166
- FRYDMAN, B., « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in *La qualité des décisions de justice*, CEPEJ, Publications du Conseil de l'Europe, 2008, p. 18-29
- FULLER, L.L., « American Legal Realism », *University of Pennsylvania Law Review*, vol n° 82, 1934, p. 429-462
- FULLER, L.L., « Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart », *Harv. L. Rev.*, 1958, p. 630-672
- FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2^e éd., Yale University Press, New Haven-Londres, 1969
- GADAMER, H.G., *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Ed. du Seuil, Paris, 1996
- GALANTER, M., « Why the 'Haves' come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », *Law & Society Review*, 1974-1975, p. 95-160
- GALILÉE, *L'essayeur*, trad. par Chr. Chauviré, Les Belles Lettres, Paris, 1980
- GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris, 1996
- GARCIO AMADO, J.A., « Introduction à l'œuvre de Luhman », *Droit et Société*, 1989, p. 15-52
- GAUCHET, M., *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, Paris, 1985
- GAUCHET, M., *La condition historique*. Entretiens avec Fr. Azouvi et S. Piron, Gallimard, 2005
- GAUDIN, H., « Le temps et le droit communautaire. Remarques introductives autour du droit positif », in *Les dynamiques du droit européen en*

début de siècle – Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Éditions A. Pedone, Paris, 2004, p. 227-247

GAUTRON, J.-Cl., « Le principe de protection de la confiance légitime », in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Publications du Centre d'excellence Jean Monnet de Rennes, éditions Apogée, Rennes, 2006, p. 199-217

GAZZANIGAL, M.S., « The Law and Neuroscience », *Neuron* 60, 2008, p. 411-415

GÉA, Fr., *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle : droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, « collection des thèses », n° 24

GÉNY, Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 1954

GÉRARD, Ph., *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981

GÉRARD, Ph., « Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 119-161

GÉRARD, Ph., « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, p. 65-88

GERKENS, J.-F., « De l'ambiguïté du concept d'acte juridique dans notre droit – Le langage juridique doit-il être accessible aux non-juristes ? », *Revue de la faculté de droit de l'université de Liège*, 2006, p. 135-138

GIRARDET, A., « L'équité et le juge : si on levait le voile ? », *Justices*, 1998, Justice et équité, p. 1-6

GOLDING, M.P., « Discovery and Justification in Science and Law », in *Theory of Legal Science*, A. Peczenik, L. Lindahl et B. Van Roermund (ed.), Reidel Publishing Company, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984, p. 295-305

GOODHART, A.L., *Precedent in English and Continental Law : an Inaugural Lecture Delivered Before the University of Oxford*, Stevens and Sons, Londres, 1934

GOODRICH, P., « Law and Language: An Historical and Critical Introduction », *Journal of Law & Society*, 1984, p. 173-206

GOYARD-FABRE, S., *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Paris, 1997

GOYARD-FABRE, S., *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, Paris, 1996

GRANGER, M.-P., « Les stratégies contentieuses des États devant la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, P. Mbongo et A. Vaucher (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 62-97

GRAY, J.Ch., « Some Definitions and Questions in Jurisprudence », *Harv. L. Rev.*, 1892, p. 21-36

GRAY, J.C., *The Nature and Sources of the Law*, Ashgate Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapour-Sydney, 1921

GRAZIADEI, « Rights in the European Landscape: A Historical and Comparative Profile », in *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, S. Prechal et B. van Roermund (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 63-90

GREEN, M.S., « Legal Realism as Theory of Law », *William and Mary Law Review*, 2004-2005, p. 1917-2000

GREWE, C. et RUIZ FABRI, H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995

GRIGORIEFF, C.-I., « Arrêts *Condor* et *Air France* – une protection accrue des passagers aériens », *J.D.E.*, 2010, p. 7-9

GROS, F., *Le Principe Sécurité*, Gallimard, Paris, 2012

GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Ed. Guillaumin et Cie, Paris, 1867

GROUSSOT, X., *General Principles of Community Law*, European Law Publishing, Groeningen, 2006

GROUSSOT, X. et MINSEN, T., « *Res Judicata* in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality? », *Eur. Const. L. Rev.*, 2007, p. 385-417

GROTE, R., « Rule of Law, Rechtsstaat and 'État de droit' », in *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis. The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Ch. Starck (ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 269-306

GROTIUS, H., *On the Rights of War and Peace*, trad. par W. Whewell, University Press, Cambridge, 1853

GRZEGORCZYK, C., *La théorie générale des valeurs et le droit : essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, L.G.D.J., Paris, 1982

GRZEGORCZYK, C., « La rationalité de la décision juridique », *A.P.D.*, t. 23, 1978, p. 237-256

GUILLIEN, R., « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, Paris, 1961, p. 253-260

GÜNTHER, K., « A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification », *Ratio Juris*, 1989, p. 155-166

HABERMAS, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997

HAID, F., *Les « notions indéterminées » dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, thèse défendue à l'université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III le 13 décembre 2005

HAMONIAUX, Th., *L'intérêt général et le juge communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2001

HARRIS, J.W., « Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess ? », *Oxford J. Legal Stud.*, 1990, p. 135-199

HART, H.L.A., « La démystification du droit », trad. par Ph. Gérard et M. van de Kerchove, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 89-118

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2^e éd., Clarendon Press, Oxford, 1994 ; *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerckhove, 2^e éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005

HARTLEY, T.C., « Five Forms of Uncertainty in European Community Law », *Cambridge Law Journal*, 1996, p. 265-288

HATTAWAY, O.A., « Path Dependence in the Law : The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System », *Iowa L. Rev.*, 2000-2001, p. 602-665

HAURIOU, M., « L'ordre social, la justice et le droit », *R.T.D.civ.*, 1927, p. 795-825

HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1960

HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty : a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, Londres, 1982

HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Routledge, Londres, 2001

HECK, Ph., « The Jurisprudence of Interests. An outline », in *The Jurisprudence of Interests*, M. Schoch (éd. et trad.), Twentieth-Century Legal Philosophy Series: vol. II, Harvard University Press, Londres, 1948, p. 29-48

HEGEL, Fr., *Principes de la philosophie du droit*, trad. par J.-L. Vieillard-Baron, GF Flammarion, Paris, 1999

HEIDEGGER, M., *Chemins qui ne mènent nulle part*, trad. par W. Brokmeier, Gallimard, Paris, 1962

HENRY, J.-P., « Vers la fin de l'État de droit », *Revue du droit public*, 1977, p. 1207-1235

HERDEGEN, M., « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », in *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz, J. Nergelius (eds), Kluwer Law International, La Haye, 2000, p. 3-23

HERGET, J. E. et WALLACE, S., « The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism », *Virginia. L. Rev.*, 1987, p. 399-455

HENRY, J.-P., « Vers la fin de l'État de droit », *Revue du droit public*, 1977, p. 1208-1234

HERVIEU, A., « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *R.R.J.*, 1989, p. 257-331

HEUSCHLING, L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, 2002

HEUZÉ, F., « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *La semaine juridique*, 2005, p. 671-675

HIRSCH, A.J., « Cognitive jurisprudence », *Cal. L. Rev.*, 2002-2003, p. 599-638

- HOBBS, Th., *Leviathan*, Dover Publications, New York, 2006
- HOHFELD, W.N., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale L.J.*, 1913, p. 28-54
- HOFMANN, H., « Conflicts and Integration: Revisiting *Costa v Enel* and *Simmenthal II* », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poiars Maduro et L. Azoulai (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 60-68
- HOLDERBACH-MARTIN, V., *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, thèse dactyl., A.N.R.T., 2004
- HOLLAND, Th. E., *The Elements of Jurisprudence*, 8^e éd., Clarendon Press, Oxford, 1896
- HOLMES, O.W., « The path of law », *H.L.R.*, 1896-1897, p. 457-478
- HOLMES, O.W., *Common Law*, MacMillan, Londres, 1882
- HOOKE, R., *Laws of Ecclesiastical Polity*, G. Routledge, 1888
- HOUYET, Y., « Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux », *J.D.E.*, 2008, p. 257-264
- HUBEAU, F., « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1983, p. 143-162
- HUBERLANT, Ch., « La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Ch. Perelman et P. Foriers (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 187-228
- HUGO, V., *Actes et paroles, Le droit et la loi*, Michel Lévy Frères, Paris, 1875, I et II
- HUME, D., *Essays, Literary, Moral, and Political*, Ward, Lock and Tyler, Londres, 1875 (?), Essai XXXIX
- HUME, D., *Moral Philosophy*, Hackett Publishing, Indianapolis, 2006
- HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, Allman, Londres, 1817
- HURLEY, S.L., « Coherence, Hypothetical Cases and Precedent », *Oxford J. Legal Studies*, 1990, vol. 10, p. 221-251
- HUTCHESON, J.C.Jr., « The Judgment Intuitive: the Function of the 'Hunch' in Judicial Decision », *Cornell Law. Q.*, 1929, p. 274-288
- HUTCHINSON, A.C., « Democracy and Determinacy: An Essay on Legal Interpretation », *U. Miami L. Rev.*, 1988-1989, p. 541-576
- HUTCHINSON, A.C., « The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts », in *Recrafting the Rule of Law: the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 196-224
- IDOT, L., « L'insécurité dans le droit communautaire », *J.C.P. Cahier du droit de l'entreprise*, 1990, n° 48, suppl. 6, p. 32-45
- IGLESIAS VILA, M., *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Kluwer, Dordrecht, 2001
- ISRAËL, L., *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009

- JACOBS, F., « Foreword », in T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999, p. i-xiv
- JACQUÉ, J.-P., « L'obligation d'interprétation conforme en droit communautaire », *R.A.E., -L.E.A.*, 2007-2008, p. 715-717
- JANSSENS, B., *Étude sur la notion d'epikie ou d'aequitas et son évolution historique*, U.C.L., Louvain, 1925, p. 19-27
- JARROSSON, B., « Histoire des idées scientifiques », in *Histoire des idées*, J.-M. Besnier (dir.), Ellipses, Paris, 1996, p. 8-30
- JELLINEK, G., *Introduction à la doctrine de l'État*, trad. par G. Fardis, Ed. Fontemoing, Paris, 1904
- JELLINEK, G., *L'État moderne et son droit*, trad. par G. Fardis, Ed. Fontemoing, Paris, 1904
- JHERING, R. (VON), *La lutte pour le droit*, trad. par O. De Meulenaere, Librairie Marescq Aîné, Paris, 1890
- JHERING, R. (VON), *Law as a Means to an End*, trad. par I. Husik, Modern Legal Philosophy Series, vol. V, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 1999
- JHERING, R. (VON), « In the Heaven for Legal Concepts : a Fantasy », trad. par Ch. Levy, *Temp. L.Q.*, 1985, p. 799-842
- JONSEN, A.R. et TOULMIN, S., « A quoi sert la casuistique ? », in *Penser par cas*, J.-Cl. Passeron et J. Revel (dir.), Ed. de l'EHESS, Paris, 2005, p. 96-127
- JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, Paris, 2005
- JOUANJAN, O. et MÜLLER, Fr., *Avant dire droit, le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », Québec, 2007
- JURATOWITCH, B., « Questioning Prospective Overruling », *N.Z. L. Rev.*, 2007, p. 393-415
- KANT, E., *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. fr. J.-F. Poirier et F. Proust, Garnier-Flammarion, Paris, 1991
- KANT, E., *Prolégomènes à toute métaphysique future qui aura le droit de se présenter comme science*, trad. par J. Tissot, Librairie Ladrangé, Paris, 1865
- KANT, E., *Le conflit des facultés*, in *Œuvres philosophiques*, Gallimard, Paris, 1980-1986, t. III
- KANT, E., *Métaphysique des murs, première partie : doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Vrin, Paris, 1971
- KANTOROWICZ, H. (sous le pseudonyme de Gnavius Flavius), « The Battle for Legal Science », trad. par C. Merrill, *German Law Journal*, 2011, p. 2005-2030
- KELLY, J.M., *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992
- KELSEN, H., « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles-Paris, 1963, p. 141-148
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. par Ch. Eisenmann, L.G.D.J., Paris, 1999

- KENNEDY, D., « Spring Break », *Texas Law Review*, 1985, p. 1377-1423
- KEYNES, J.M., *A Treatise on Probability*, MacMillan, Londres, 1921
- KING, M., et SCHUTZ, A., « The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann », *Journal of Law and Society*, 1994, p. 261-287
- KOLB, R., « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, 2001, p. 103-142
- KOOPMANS, T., « Retrospectivity Reconsidered », *Cambridge L.J.*, 1980, vol. 39, p. 287-303
- KOOPMANS, T., « Judicial-Decision making », in *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Trenton Publishing, 1996, p. 93-104
- KOOPMANS, T., « General Principles of Law in European and National Systems of Law : A Comparative View », in *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz, J. Nergelius (ed.), Kluwer Law International, La Haye, 2000, p. 25-34
- KRESS, K., « Legal Indeterminacy », in *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishing, 2003, p. 253-291
- LABETOULLE, D., « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges G. Braibant, L'État de droit*, Dalloz, 1996, p. 403-412
- LAGARDE, X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *Rec. Dalloz*, 2006, n° 10, p. 678-684
- LAGARDE, X., « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *A.P.D.*, 2006, n° 50, p. 77-88
- LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2002
- LAMOUREUX, F., « The Retroactivity of Community Acts in the Case Law of the Court of Justice », *C.M.L.Rev.*, 1983, p. 269-296
- LAPLACE, P.-S., *Essai philosophique sur les probabilités*, Ed. Bachelier, Paris, 1825
- LAQUIÈZE, A., « État de droit and national sovereignty in France », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, P. Costa et D. Zolo (ed.), Springer Netherlands, 2007, p. 261-291
- LEBEN, Ch., « Le principe de légalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, textes rassemblés par G. Haarscher, éd. Bruylant, 1994, p. 215-235
- LEGROS, R., « Considérations sur les motifs », In *La motivation des décisions de justice*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 7-22
- LEGROS, R., *La question de la souveraineté : droit naturel et contrat social*, Ellipses, Paris, 2001
- LEIBNIZ, G.F., *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, PUF, Paris, 1961
- LEIBNIZ, G.F., *Le droit de la raison*, Vrin, Paris, 1994

LEISNER, W., « L'État de droit – une contradiction ? », in *Mélanges à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 65-79

LENAERTS, K. et VAN NUFFEL, P., *Constitutional Law of the European Union*, 2^e éd., Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2005

LENAERTS, K. et CORTHAUT, T., « Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law », in *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, S. Prechal et B. van Roermund (ed.), O.U.P., 2008, p. 495-515

LENAERTS, K., « Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Traduction et droits européens: enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel Van de Kerchove*, A. Bailleux, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 623 à 646

LENAERTS, K. et GUTIÉRREZ-FONS, J., « The constitutional allocation of powers and general principles of EU law », *C.M.L.Rev.*, 2010, p. 1629-1669

LENOBLE J., et OST, F., *Droit, mythe et raison: essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980

LENOBLE, J., « La question de l'application en droit au-delà d'une approche herméneutique », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 324-365

LEONI, B., *Freedom and the Law*, Van Nostrand, Toronto, 1961

LÉVY, E., *L'affirmation du droit collectif*, Société nouvelle de librairie et d'édition, Paris, 1903

LÉVY, E., *Les fondements du droit*, Ed. Félix Alcan, Paris, 1939

LEVY, B.H., « Realist Jurisprudence and Prospective Overruling », *University of Pennsylvania Law Review*, 1960, p. 1-30

LÉVY-LEBLOND, J.-M. et BALIBAR, Fr., « When did the indeterminacy principle become the uncertainty principle? », *American Journal of Physics*, 1998, p. 275-280

LEWELLYN, K.N., *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School*, O.U.P., New York, 2008

LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing, Indianapolis-Cambridge, 1980 ; *Second traité du gouvernement civil*, trad. par D. Mazel, Deveux, Paris, 1795

LOSCHAK, N., « Le principe de légalité: mythes et mystifications », *A.J.D.A.*, 1981, n° 9, p. 387-392

LOUIS, J.-V. et RONSE Th., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 2005

LUCAS-ALBERNI, K., « La possible contribution du revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à la sécurité juridique », *C.D.E.*, 2007, n° 3-4, p. 479-524

LUCAS, K., « Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la «loi»: la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la

rétroactivité naturelle des changements de cap jurisprudentiels », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 749-771

LUCRÈCE, *De la nature des choses*, trad. par A. Lefèvre, Société d'éd. littéraires, Paris, 1899

LUHMANN, N., *A Sociological Theory of Law*, Routledge, Londres-Boston-Melbourne-Henley, 1985

LUHMANN, N., « Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system », *Cardozo Law Review*, 1991-1992, p. 1419-1441

LUHMANN, N., « Le droit comme système social », trad. par M. van de Kerckhove, *Droit et Société*, 1994, p. 53-67

LUHMANN, N., *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. par S. Bouchard, Ed. Economica, Paris, 2006

MCCORMICK, J. P., « Supranational Challenges to the Rule of Law : the Case of the European Union », in *Recrafting the Rule of Law : the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 267-282

MACCORMICK, N., « Argumentation et interprétation en droit », trad. par le Centre de philosophie du droit en collaboration avec Elisabeth Soubrenie, in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir), Bruylant-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Bruxelles-Aix-Marseille, 1995, p. 213-226

MACCORMICK, N., « Rhetoric and the Rule of Law », in *Recrafting the Rule of Law : the Limits of Legal Order*, T. Dyzenhaus (ed.), Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 1999, p. 163-177

MACHIAVEL, N., *Le Prince*, Union générale d'Éditions, Paris, 1962

MACPHERSON, C.B., « Editor's introduction », in J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing, Cambridge, 1980

MADURO, M.P., *We the Court : the European Court of Justice and the European Economic Constitution : a critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2002

MADURO, M.P., « Interpreting European Law : Judicial Interpretation in a Context of Constitutional Pluralism », *E.J.L.S.*, 2007, vol. 1, n° 2, p. 1-21

MADURO, M.P., et AZOULAI, L., « Introduction. The Past and Future of EU Law », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poiares Maduro et L. Azoulai (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. i-xx

MAINE, H.S., *Ancient Law : Its connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 4^e éd., John Murray, Londres, 1870

MARTENS, P., « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La sécurité juridique*. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 255-265

MARTENS, P., « Les principes généraux du droit », *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, S. Gilson (dir.), Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 11-20

MARTENS, P., « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in *Le dialogue des juges*. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 par le Centre Perelman de philosophie du droit, coll. « Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice », Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 9-30

MASLOW, A.H., « A Theory of Human Motivation », in *Psychological Review*, 1943, p. 370-396

MATHIEU, B., « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc11/14.htm>

MAULIN, E., « Cohérence et ordre juridique », in *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, V. Michel, (ed.), collections de l'université de Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 9-24

MAYER, F.C., « *Van Gend en Loos* : The Foundation of a Community Law », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poiares Maduro et L. Azoulai (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 16-24

MAXEINER, J.R., « Legal certainty: a European Alternative to American legal indeterminacy? », *Tul. J. Int'L & Comp. L.*, 2006-2007, p. 541-607

MAZEN, N.J., *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse présentée le 23 juin 1979, université de Dijon

MC AULIFFE, K., « La traduction dans l'office des juges européens », in *Traduction et droits européens: enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel Van de Kerchove*, A. Bailleux, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 39-54

MEHDI, R., « Variations sur le principe de sécurité juridique », in *Le droit de l'Union européenne en principes : Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Publications du Centre d'excellence Jean Monnet de Rennes, éditions Apogée, Rennes, 2006, p. 177-198

MENGOZZI, P., « Évolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime: De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du marché unique européen*, 1997, p. 13-29

MÉNISSIER, Th., « Du serment au contrat dans la pensée des Monarchomaques », *L'idée de contrat social. Genèse et crise d'un modèle philosophique*, J.-P. Cléro et Th. Ménissier (dir.), Ellipses, Paris, 2004, p. 15-33

MERCIER, D., *Cours de philosophie. Volume IV: Critériologie générale ou théorie générale de la certitude*, 6^e éd., Ed. Félix Alcan, Paris, 1911

MERTENS DE WILMARS, J. et STEENBERGEN, J., « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes » in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Ed. ULB, Bruxelles, 1985, p. 449-456

MAYER, F.C., « *Van Gend en Loos* : The Foundation of a Community Law », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the*

50th Anniversary of the Rome Treaty, M. Poiares Maduro et L. Azoulai (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 16-25

MEYER, J., « Is Free Will an Illusion? », *Ethics and Medicine*, 2011, p. 85-97

MODERNE, F., « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.*, 1999, p. 722-742

MODERNE, F. « Une communicabilité contrastée : le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français et espagnol », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 835-861

MOLFESSIS, N., *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, 2005

MOLFESSIS, N., « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *E.D.C.E.*, 2006, p. 391-404

MONTAIGNE, M. (DE), « Apologie de Raimond Sebond », in *Essais*, Ed. Périsse frères, Paris, 1847

MONTAIGNE, M. (DE), « Chapitre XXXIX. De l'expérience », in *Essais*, Ed. Périsse frères, Paris, 1847

MONTESQUIEU, Ch.-L. (DE), *L'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 2008

MOOR, P., *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005

MORVAN, P., *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999

MORVAN, P., « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 247-252

MORVAN, P., « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Droit social*, 2006, p. 707-719

MÜLLER, Fr., *Discours de la méthode juridique*, PUF, Paris, 1996

MÜLLER, Fr., « Basic Questions of Constitutional Concretization », *Rutgers Law Journal*, 2000, p. 325-344

MUNRO, A., *Bounded Rationality and Public Policy. A Perspective from Behavioural Economics*, coll. « The Economics of Non-Market Goods and Resources », I. J. Bateman (ed.) Springer, 2009

NAOMÉ, C., « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La sécurité juridique. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 69-108

NAOMÉ, C., *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, 2^e édition, Larcier, Bruxelles, 2010

NEUHAUS, P. H. « Legal certainty versus equity in the conflict of laws », *Law & Contemp. Probs.*, 1963, p. 795-807

NEWTON, I., *Principia: The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, D. Adee, New York, 1848

NEWTON, I., *Optique*, trad. par M., t. II, Leroy, Paris, 1787

NICOL, A.G.L., « Prospective Overruling: a New Device for English Courts ? », *Modern Law Review*, 1976, p. 542-560

NIETZSCHE, F., *Ainsi parlait Zarathoustra*, in *Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche*, vol. 9, trad. par H. Albert, Société du Mercure de France, 1903, 6^e éd.

NORDLANDER, K., « Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-218/02 P, Dansk Rorindustri and others v. Commission », *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, p. 571-582

NOTARO, N., « Case-Law », *C.M.L.R.*, 1998, p. 1385-1394

ORZAN, M. Fr., « Ops... the ECJ did it again! The relationship between the principle of effectiveness of EU law and the principle of legal certainty in the ECJ case-by-case approach », *European Law Reporter*, 2010, p. 63-69

OST, F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Ph. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1-70

OST, F., « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *A.P.D.*, 1985, p. 9-34

OST, F., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 163-230

OST F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., « Interprétation », *A.P.D.*, 1990, t. 35, p. 165-190

OST, F., « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 91-134

OST, F., *Le temps du droit*, O. Jacob, Paris, 1999

OST, F., et VAN DROOGHENBROECK, S., « Orwell à la Cour de cassation », obs. sous Cass. franç. (1^{re} ch. civ.), 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 687-691

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M. « Le juge entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 469-485

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002

OST, F., *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007

OST, F., *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, 2009

OURLIAC, P., « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 9, 1989, p. 21-32

PACTEAU, B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.*, n° spécial 1995, p. 151-155

PAPADOPOULOU, R., *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisations*, Bruylant, Bruxelles – Sakkoulas, Athènes, 1996

PAPAU, A., *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, L.G.D.J., coll. « Quid juris? », 2006

PAPAU, A., « Sécurité juridique v. Sécurité juridique relationnelle », *R.D.S.*, 2012, p. 1-31

PASSERON, J.-Cl. et REVEL, J., « Raisonner à partir de singularités », *Penser par cas*, J.-Cl. Passeron et J. Revel (dir.), Ed. de l'EHESS, Paris, 2005, p. 9-44

PASTEGGER, D., « Actes de langage et jurisprudence. Illustrations de la réception de la théorie austinienne de la performativité du langage dans la pratique juridique », *Dissensus*, 2010, p. 69-87

PATTARO, E., « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, G. Haarscher, L. Ingber et R. Vander Elst (dir.), Ed. Nemesis, Bruxelles, 1988, p. 274-290

PAUNIO, E., « Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of law in the EU Legal Order », *German Law Journal*, vol. 10, 2009, p. 1469-1493

PAUNIO, E. et LINDROOS-HOVINHEIMO, S., « Taking Language Seriously : An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law », *European Law Journal*, 2010, p. 395-416

PECZENIK, A., *On Law and Reason*, 2^e éd., Springer, 2009

PEIRCE, Ch.S., *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 1963

PERELMAN, Ch., *Justice et raison*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1963

PERELMAN, Ch., « Raisonnement juridique et logique juridique », *A.P.D.*, 1966, t. 11, p. 1-6

PERELMAN, Ch., « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 415-426

PERELMAN, Ch., « Ordre juridique et consensus », *J.T.*, 1982, p. 131-133

PERELMAN, Ch., « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable*, Ch. Perelman et R. Vanderelst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 363-374

PERELMAN, Ch., *Éthique et droit*, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 1990

PERNICE, I., MAYER, F.C. et WERNICKE, S., « Renewing the European social contract: the challenge of institutional reform and enlargement in the light of multilevel constitutionalism », *The King's College Law Journal*, 2001, p. 61-74

PERNICE, I., « *Costa v Enel* and *Simmenthal*: Primacy of European Law », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poiares Maduro et L. Azoulai (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 47-59

PESCATORE, P., *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960

PESCATORE, P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 1980, p. 317-359

PESCATORE, P., « Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire », in *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, collection « Droit de l'Union européenne », F. Picod, (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 25-49

PESCATORE, P., « Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poiras Maduro et L. Azoulai (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 3-8

PETEV, V., « Temps et transmutation des valeurs en droit », in *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation pour durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 171-213

PIAZZON, Th., *La sécurité juridique*, Ed. Defrénois, Paris, Doctorat & Notariat, « collection de thèses », 2009

PIERET, D., « From Claim to Rights. Langage, politique et droit », *Dissensus*, 2010, p. 2-12

PIEVATOLO, M.C., « Leoni's and Hayek's Critique of the Rule of Law in Continental Europe », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, P. Costa et D. Zolo (eds), Springer Netherlands, 2007, p. 421-439

PIHLAJAMAKI, H., « Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared », *The American Journal of Comparative Law*, 2004, p. 469-488

PLATON, « Timée » in *Les dialogues de Platon*, trad. par E. Chauvet et A. Saisset, Charpentier, Paris, 1862

POINCARÉ, H., *Calcul des probabilités*, Gauthier-Villars, 1912

POLLAUD-DULIAND, F., « A propos de la sécurité juridique », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 487-504

POLLOCK, F., *First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, Franklin, New York, 1970

POPELIER, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Intersentia, Antwerpen, 1997

POPELIER, P., « Legal certainty and principles of Proper law making », *European Journal of Law Reform*, 2000, p. 321-342

POPELIER, P., « Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 2, p. 47-66

POPELIER, P., « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012, vol. 2, p. 17-54

POPPER, K., *L'univers irrésolu. Plaidoyer pour l'indéterminisme*, Hermann, Paris, 1984

- POSNER, R.A., « What has Pragmatism to Offer Law », in *Philosophy of Law and Legal Theory: An Anthology*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishing, 2003, p. 180-190
- POSNER, R.A., « The Role of the Judge in the Twenty-first Century », *Boston University L. Rev.*, 2006, p. 1049-1068
- POULANTZAS, N., *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, L.G.D.J., Paris, 1965
- POUND, R., *Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1922
- POUND, R., « The Theory of Judicial Decision », *Harvard Law Review*, 1922-1923, p. 641-662
- PRADIER-FODÉRE, P., « Essai biographique et historique sur Grotius et son temps », in H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Ed. Guillaumin et Cie, Paris, 1867
- PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2005
- PRECHAL, S., « Competence Creep and General Principles of Law », *Rev. of Eur. Admin. Law*, 2010, p. 5-22
- PUISSOCHET, J.-P., « "Vous avez dit confiance légitime ?" (le principe de confiance légitime en droit communautaire) » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 581-593
- PUISSOCHET, J.-P. et LÉGAL, H., « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 149-159
- PUISSOCHET, J.-P., « Des traités et des juges : la fonction de la jurisprudence dans l'élaboration du droit communautaire », in *Problèmes d'interprétation – A la mémoire de Constantin N. Kakouris*, C. G. Rodriguez Iglesias et al. (dir.), Sakkoulas-Bruylant, Athènes-Bruxelles, 2004, p. 303-320
- PRIGOGINE, I., *La fin des certitudes. Temps, chaos et les lois de nature*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1998
- QUETELET, A., *Physique sociale ou essai sur le développement des facultés de l'homme (1869)*, réédition annotée, par Éric Vilquin et Jean-Paul Sanderson, Classe des Lettres, Académie Royale de Belgique, 1997
- RABAULT, H., « La confiance comme mécanisme social et l'approche fonctionnaliste du droit », *Droit et société*, 2007, p. 741-758
- RADBRUCH, G., « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *A.P.D.*, 1936, p. 86-93
- RADBRUCH, G., « Injustice légale et droit supra-légal », *A.P.D.*, 1995, n° 39, p. 307-317
- RADBRUCH, G., *Legal Philosophy*, in *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, trad. par K. Wilk
- RAITIO, J., *The Principle of Legal Certainty in EC law*, Kluwer Academic Publ., 2003

RAITIO, J., « Legal Certainty, Non-retroactivity and Periods of Limitation in EU Law », *Legisprudence. International Journal for the study of legislation*, 2008, vol. 2, n° 1, p. 1-23

RASMUSSEN, M., « From *Costa v Enel* to the Treaties of Rome: a Brief History of a Legal Revolution », in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, M. Poirares Maduro et L. Azoulai (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, p. 69-85

RAYMOND, R., *Le XX^e siècle de 1914 à nos jours. Introduction à l'histoire de notre temps*, t. 3, Ed. du Seuil, 1989

RAZ, J., « Legal Principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal*, 1972, p. 823-854

RAZ, J., *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979

RENAULD, J., « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1972, t.2, p. 879-897

RENAUT, A., *La fin de l'autorité*, Flammarion, 2004

REUTER, P., « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, 1964, p. 263-283

RIALS, S., « L'office du juge », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 9, 1989, p. 3-20

RICCI, R., « Les sources normatives du principe de sécurité juridique en droit public économique », *R.I.D.E.*, 2000, p. 299-330

RICŒUR, P., *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Ed. du Seuil, Paris, 1965

RICŒUR, P., *Le Juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995

RICŒUR, P., « A la gloire de la *phronèsis* », in *La vérité pratique : Aristote, Éthique à Nicomaque, livre VI*, J.-Y. Châteauneuf (dir.), Vrin, Paris, 1997, p. 13-22

RIGAUDIÈRE, A., « Un rêve royal français: l'unification du droit », in *Comptes rendus des séances de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 148^e année, n° 4, 2004, p. 1553-1567

RIGAUX, F., *Introduction à la science du droit*, Éditions Vie Ouvrière, Bruxelles 1974

RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1966

RIGAUX, F., *La loi des juges*, Ed. O. Jacob, Paris, 1997

RIPERT, G., *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., Paris, 1949

RIVERO, J., « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *A.J.D.A.*, 1968, p. 15-18

RODGER, A., « What Are Appeal Courts For ? », *Otago Law Review*, 2004, p. 517-536

- RODGER, A., « A time for everything under the law : some reflections on retrospectivity », *Law Quarterly Review*, 2005, p. 57-79
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., « Reflections on the General Principles of Community Law », *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 1998-1999, p. 1-16
- ROGERS, C.S., « Perspectives on Prospective Overruling », *U. Mo. Kan. City L. Rev.*, 1968, p. 35-74
- RORIVE, I., « La rupture de la House of Lords avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique », in *L'accélération du temps juridique*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 801-836
- ROMANO, G.P., « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts *Gasser et Owusu* », *C.D.E.*, 2008, p. 175-210
- ROSAS, A., « The European Court of Justice in Context : Forms and Patterns of Judicial Dialogue », *E.J.L.S.*, 2007, vol. 1, n° 2, p. 1-16
- ROSENFELD, M., « The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy », *S. Cal. L. Rev.*, 2000-2001, p. 1307-1352
- ROSS, A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd., Londres, 1958
- ROTONDI, M., « Équité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien », trad. F. Pissart et P. Quaden, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Gény*, Topos, Vaduz, 1977, p. 403-422
- ROUBIER, P., *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1951
- ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social*, GF Flammarion, Paris, 2001
- ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Ed. Michel Rey, Amsterdam, 1755
- RUBIN, A.B., « Does Law Matter ? A Judge's Response to the Critical Legal Studies Movement », *J. Legal Educ.*, 1987, p. 307-314
- RUGER Th., « Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Supreme Court Decision-Making », *Columbia Law Review*, 2004, p. 1150-1211
- RUIZ FABRI, H., « Débats », in *La motivation des décisions des juridictions internationales*, H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), Pedone, Paris, 2008, p. 167-168
- RUMBLE, W.E., « American Legal Realism and the Reduction of Uncertainty », *J. Publ. L.*, 1964, p. 45-75
- RUMELIN, M., « Developments in Legal Theory and Teaching during my lifetime », in *The Jurisprudence of Interests*, M. Schoch (éd. et trad.), Twentieth-Century Legal Philosophy Series: vol. II, Harvard University Press, Londres, 1948, p. 1-28
- RUSSELL, B., « Vagueness », in *Collected Papers of Bertrand Russell*, J. Slated (ed.), Unwin Hyman, Londres, 1988, vol. IX, p. 147-154
- SACE, J., « Quelques réflexions sur les principes généraux du droit », in *Mélanges offerts à Philippe Gérard*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 79-85

SAINT-GERMAIN, Ch., *The doctor and student, or, Dialogues between a doctor of divinity and a student in the laws of England: containing the grounds of those laws together with questions and cases concerning the equity thereof*, Cincinnati, 1886

SAMSON, M., « La théorie structurante du droit : plaidoyer pour une redéfinition de l'agir juridique », *Lex Electronica*, vol. 14, n° 1, 2009, p. 1-19

SAUER, W., « Sécurité juridique et justice », trad. par P. Roubier et H. Mankiewicz, in *Recueil Lambert*, t. III, Paris, Sirey, 1938, p. 34-43

SCHAUER, F., « A critical guide to vehicles in the park », *New York Univ. L.R.*, 2008, p. 1109-1134

SCHERMERS, H.G. et WAELBROECK, D., *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., Kluwer, 2001

SCHMITT, C., *Théologie politique*, trad. par J.-L. Schlegel, Ed. Gallimard, Paris, 1988

SCHONBERG, S. et FRICK, K., « Finishing, refining, polishing: on the use of travaux préparatoires as an aid to the interpretation of Community legislation », *Eur. L. Rev.*, 2003, p. 149-171

SCHRÖTER, M.W., « European Legal Reasoning: a coherence-based Approach », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2006, p. 82-92

SCHIAVONE, A., *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par J. et G. Bouffartigue, Belin, 2008

SCHUSTER, E., « The German Civil Code », *Law Quarterly Review*, 1896

SCHWARZE, J., *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 1994 et 2^e éd., 2009

SCOTT, C., « The Governance of the European Union: the Potential for Multi-Level Control », *European Law Journal*, 2002, p. 59-79

SCOTT, J., et STURM, S., « Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance », *Colum. J. Eur. L.*, 2006-2007, p. 566-594

SCOTT, J., « In legal limbo: post-legislative guidance as a challenge for European administrative law », *C.M.L.R.*, 2011, p. 329-355

SEARLE, J., *Speech Acts, An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969

SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Portland, 2004

SENDEN, L., « Soft law and its implications for institutional balance in the EC », *Utrecht Law Review*, 2005, p. 79-99

SÉNÈQUE, « Lettres à Lucilius », in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, trad. par J. Baillard, Hachette, Paris, 1914, t. II

SÉNÈQUE, « De la clémence », in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, trad. par J. Baillard, Hachette, Paris, 1914, t. II

SESMAT, H., *La sécurité moderne. Cycle général de la sécurité juridique*, Ed. Saint-Paul, Paris, 1944

SEVON, L., « General principles of Community Law – Concluding Remarks », in *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz et J. Nergelius (eds), Kluwer Law International, La Haye-Londres-Boston, 2000, p. 219-222

SHAPIRO, M., « Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or *Stare Decisis*? », in *Law and the Behavioral Sciences*, L. Friedman, S. Macaulay (eds), New York, 1969, p. 701-718

SHARPSTON, E., « Legitimate expectations and economic reality », *Eur. L. Rev.*, 1990, p. 103-160

SHARPSTON, E., « Milk Lakes, Sloms and Legitimate Expectations – a Paradigm in Judicial Review », in *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, D. O’keeffe et A. Bavasso (eds), Kluwer Law International, Londres, 2000, p. 557-567

SIBONY, A.-L., « La jurisprudence de la Cour au prisme de la science économique », in *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, P. Mbongo et A. Vaucher (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 171-197

SIMMEL, G., *Sociologie. Études sur les formes de socialisation*, trad. par L. Deroche Gurcel et S. Muller, PUF, Paris, 1999

SIMON, D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire? », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 14, 1991, p. 73-86

SIMON, D., « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l’auteur de l’acte », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 733-752

SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3^e éd.

SIMON, D. et RIGAUX, A., « La technique de consécration d’un nouveau principe général du droit communautaire: l’exemple de l’abus de droit », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, t. 2, Presses de l’université des sciences Sociales, Toulouse, 2004, p. 559-587

SIMON, D., « Les principes en droit communautaire », in *Les Principes en droit*, S. Caudal, (dir.), Économica coll. « Études juridiques » dirigée par Nicolas Molfessis, 2008, p. 287-304

SIMON, D., « Rapport introductif: Cohérence et ordre juridique communautaire » in *Le droit, les institutions et les politiques de l’Union européenne face à l’impératif de cohérence*, V. Michel (éd.), collections de l’université de Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 25-40

SIMON, H., « Introductory Comment », in *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*, H. Simon, M. Egidi, R. Marris et R. Viale, Edward Elgard Publishing Ltd, 1995, p. 2-5

SIMON, J., « Rétroactivité de la jurisprudence: sécurité juridique contre évolution du droit vers la fin d’une hypocrisie? », in X., *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1015-1032

SINGER, J.W., « The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory », *Yale L. J.*, 1984-1985, vol. 94, p. 1-70

SKINNER, B., *Science and Human Behavior*, Macmillan, New York, 1953

SMITH, S.D., « The (Always) Imminent Death of the Law », *San Diego L. Rev.*, 2007, p. 47-68

SOLUM, L.B., « Indeterminacy », in *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, D. Patterson (ed.), Blackwell Publishers, 1996, p. 503-513

SOULAS DE RUSSEL, D. et RAIMBAULT, P., « Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point », *R.I.D.C.*, 2003, p. 86-103

SOUVIGNET, X., « L'accès au droit. Principe du droit, principe de droit », *Jurisdoctoria*, n° 1, 2008, p. 23-50

SPINOZA, B., « Traité théologico-politique », in *Œuvres de Spinoza*, t. I, trad. par E. Saisset, Ed. Charpentier, Paris, 1842

SPINOZA, B., « L'éthique », in *Œuvres de Spinoza*, t. II, trad. par E. Saisset, Ed. Charpentier, Paris, 1842

STAIR, J., *The Institutions of the Law of Scotland, Glasgow et Edinburgh*, The University Presses of Edinburgh and Glasgow, 1981 (1^{re} éd. 1681)

STAMMLER, R., *The Theory of Justice*, trad. par I. Husik, « The Modern Legal Philosophy Series », Augustus M. Kelley, New York, 1969

STEIN, E., « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *Am. J. Int'l L.*, 1981, p. 1-27

STEINER, J. et WOODS, L., *EU Law*, 10^e éd., O.U.P., 2009

STENGERS, J., *Vertige de l'historien. Les histoires au risque du hasard*, Ed. Synthélabo, 1998

STIMSON, S.C., *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence Before John Marshall*, Princeton University Press, 1992

SUETENS, L.-P. et LEYSEN, R., « Les questions préjudicielles: cause d'insécurité juridique? », in *La sécurité juridique. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 14 mai 1993*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 35-68

SUNSTEIN, C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1998

TABBAH, B., « La trilogie: sécurité, justice et progrès social », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, Paris, 1961, p. 459-468

TEMPLE LANG, J., « Legal Certainty and Legitimate Expectations as General Principles of Law », in *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz et J. Nergelius (eds.), Kluwer Law International, La Haye-Londres-Boston, 2000, p. 163-184

THOMAS, E.W., *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge University Press, 2005

THOMAS, J.-P., « Politiques », in *Histoire des idées*, J.-M. Besnier (dir.), Ellipses, Paris, 1996, p. 56-85

TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, PUF, Paris, 1991

- TOCQUEVILLE, A. (DE), *L'Ancien Régime et la Révolution*, 4^e éd., Ed. Lévy Frères, Paris, 1859
- TOCQUEVILLE, A. (DE), *De la démocratie en Amérique*, GF-Flammarion, Paris, 1981, p. 367
- TOULMIN, S., *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, The University of Chicago Press, 1992
- TRIDIMAS, T., *The General Principles of EC Law*, O.U.P., Oxford, 1999
- TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, 2^e éd., O.U.P., Oxford, 2006
- TROPER, M., « Le concept d'État de droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 15, 1992, p. 51-64
- TULKENS, F., « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, p. 28-42
- TULKENS, F., « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », in *L'accélération du temps juridique*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 409-488
- TULKENS, F., « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel : quand le juge maintient les effets ce qu'il annule », *J.T.*, 2012, p. 737-743
- TURCOTTE, K., « Why Legal Flexibility is not a Threat to either the Common Law System of England and Australia or the Civil Law System of France in the Twenty-first Century », *Hanse Law Review*, 2005, p. 190-197
- TURLAN, J.-M., « Principe. Jalons pour l'histoire d'un mot », in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989, p. 116-123
- TUTS, G., « La traduction dans l'office du législateur de l'Union européenne », in *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel Van de Kerchove*, A. Bailleux, Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 55-68
- TWINING, W. et MIERS, D., *How To Do Things With Rules*, 4^e éd., Butterworths, Londres-Edimbourg-Dublin, 1999
- ULEN, T.S. « The View from Abroad: Tort Law and Liability Insurance in the United States », in *Tort Law and Liability Insurance*, G. Wagner (ed.), Springer, Vienne, New York, 2005, p. 208-229
- UNGER, R., « The Critical Legal Studies Movement », *Harvard L. Rev.*, 1983, p. 563-675
- URMSON, J.O., « Editor's preface », in J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Clarendon Press, Oxford, 1962
- VALEMBOSIS, A.-L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005
- VAN CAENEGEM, R., *Le droit européen entre passé et futur*, trad. par B. De Dominicis, Dalloz, 2010

VAN COMPERNOLLE, J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la balance des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495-506

VAN COMPERNOLLE, J., « Conclusion. Le rôle du juge dans la cité : vers un gouvernement des juges ? », in *Le rôle du juge dans la cité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 151-176

VAN DE KERCKHOVE, M. et OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988

VAN DE KERCHOVE, M. et TULKENS, F., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 3^e éd., Story-Scientia, Diegem, 1997

VAN DE KERCHOVE, M., « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit », in *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, Fr. Rueda et J. Pousson (dir.), L.G.D.J., 2010, p. 106-121

VAN DEN ABEELE, E., « L'agenda Mieux légiférer de l'Union européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP* n° 2028-2029, 2009

VANDER ELST, R., « Justice et sécurité juridique », in *Justices et argumentations. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, rassemblés par G. Haarscher et L. Ingber, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 19-27

VANDER EYCKEN, P., *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Falk Fils, Bruxelles, 1906

VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001

VAN MEERBEECK, J., « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis, 2012, vol. I, p. 161-205

VAN WAEYENBERGE, A. et VAN MEERBEECK, J., « Les conditions de recevabilité des recours introduits par les particuliers : au cœur du dédale européen », in *Les innovations du traité de Lisbonne. Incidences pour le praticien*, H. Dumont, P. Jadoul, N. de Sadeleer et S. Vandrooghenbroeck (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 165-203

VAUCHEZ, A., « Conclusion : le magistère de la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, P. Mbongo et A. Vaucher (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 217-246

VILLEY, M., « La "Rechtslehre" de Kant dans l'histoire de la science juridique », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, Paris, 1976, p. 139-159

VILLEY, M., « Torah-Dikaion I (Patristique et Haut Moyen-Âge) », in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, Paris, 1976, p. 19-35

VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, 2003

- VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Mesnard et Desenne, Paris, 1827, v^o Lois civiles et ecclésiastiques
- WADE, H.W.R. « The concept of legal certainty. A preliminary skirmish », *Mod. L. Rev.*, 1940-1941, p. 183-199
- WAHBA, M. A. et BRIDWELL, L.G., « Maslow Reconsidered : a Review of Research on the Need Hierarchy Theory », *Organizational Behavior and Human Performance*, 1976, p. 212-240
- WALKER, N., « Le constitutionnalisme multiniveaux », in *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, Paris, 2012, p. 442-462
- WASSERSTROM, R.A., *The Judicial Decision. Towards a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, Stanford, 1961
- WATHELET, M., « Le revirement à la Cour de justice de l'Union européenne », in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, E. Carpano (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 91-109
- WATTS, A.W., *Éloge de l'insécurité*, trad. par B. Guérif, Petite Bibliothèque Payot, 2003
- WEATHERILL, S., *Cases and Material on EU Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2006
- WEBER, M., *Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, coll. « Quadrige », PUF, Paris, 2007
- WEBER, M., *Economie et société*, trad. par J. Freund e.a., Plon, Paris, t. 1, 1971
- WEBER, M., *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, Cerf, Paris, 2003
- WEIL, E., *Philosophie politique*, Vrin, Paris, 1956
- WEILER, J.H.H., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267-306
- WEILER, J.H.H., « The transformation of Europe », in J. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 10-101
- WEILER, J.H.H., « The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration », in J. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 188-219
- WHITEHEAD, A.N., *Science and the Modern World*, Pelican Mentor Book, New York, 1948
- WIKLUND, O. et BENGÖTJEA, J., « General Constitutional Principles of Community Law », in *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz, J. Nergelius (eds), Kluwer Law International, La Haye, 2000, p. 119-142
- WINTGENS, L.J., *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, trad. par G.-G. Granger, Gallimard, Paris, 1993

WITTGENSTEIN, L., *Investigations philosophiques*, trad. par P. Klossowski, Gallimard, Paris, 1961

WITTGENSTEIN, L., *De la certitude*, Gallimard, Paris, 1987

WOEHLING, J-M., « L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées (à propos de la sécurité juridique) », *Revue du droit public*, 2007, p. 285-317

WROBLEWSKI, J., « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *A.P.D.*, 1972, p. 51-69

YABLON, Ch. M., « The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation », *Cardozo L. Rev.*, 1984-1985, p. 917-945

ZAMBRINI, J.-C., *De l'incertitude : positivisme et sociologie*, Anthropos, Paris, 1982

ZIMMER, W., « Constitution et sécurité juridique. Allemagne », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, vol. XV, p. 91-108

ZOLO, D., « The Rule of Law : a Critical Reappraisal », in *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, P. Costa et D. Zolo (eds), Springer Netherlands, 2007, p. 3-71

LISTE DES ARRÊTS ET DÉCISIONS
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

1. C.J.U.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57
2. C.J.U.E., 10 décembre 1957, *Usines à tubes de la Sarre*, aff. jtes 1/57 et 14/57
3. C.J.U.E., 8 mars 1960, *Allemagne/Haute Autorité*, aff. 3/59
4. C.J.U.E., 1^{er} juin 1960, *Simon*, aff. 15/60
5. C.J.U.E., 15 juillet 1960, *Italie/Haute Autorité*, aff. 20/59
6. C.J.U.E., 15 juillet 1960, *Nold*, aff. jtes 36, 37, 38 et 40/59
7. C.J.U.E., 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60
8. C.J.U.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jtes 42 et 49/59
9. C.J.U.E., 6 avril 1962, *Bosch/de Geus*, aff. 13/61
10. C.J.U.E., 12 juillet 1962, *Hoogovens*, aff. 14/61
11. C.J.U.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62
12. C.J.U.E., 27 mars 1963, *Costa*, aff. 30/62
13. C.J.U.E., 15 juillet 1964, *Costa/E.N.E.L.*, aff. 6/64
14. C.J.U.E., 16 février 1965, *Barge*, aff. 14/64
15. C.J.U.E., 13 juillet 1965, *Lemmerz-Werke*, aff. 111/63
16. C.J.U.E., 17 novembre 1965, *Collotti*, aff. 20/65
17. C.J.U.E., 15 décembre 1966, *Mosthaf*, aff. 34/65
18. C.J.U.E., 13 décembre 1967, *Guisart*, aff. 12/67
19. C.J.U.E., 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68
20. C.J.U.E., 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68
21. C.J.U.E., 25 février 1969, *Klomp*, aff. 23/68
22. C.J.U.E., 24 juin 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor*, aff. 29/68
23. C.J.U.E., 9 juillet 1969, *Portelange*, aff. 10/69
24. C.J.U.E., 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69
25. C.J.U.E., 14 avril 1970, *Nebe*, aff. 24/69
26. C.J.U.E., 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma*, aff. 41/69
27. C.J.U.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70
28. C.J.U.E., 11 février 1971, *Rewe-Zentrale*, aff. 37/70
29. C.J.U.E., 3 mars 1971, *Riva*, aff. 2/70
30. C.J.U.E., 6 juillet 1971, *Royaume des Pays-Bas/Commission*, aff. 59/70
31. C.J.U.E., 14 juillet 1971, *Henck*, aff. 12/71
32. C.J.U.E., 17 février 1972, *Richez-Parise*, aff. 40/71
33. C.J.U.E., 14 juillet 1972, *ICI*, aff. 48/69

34. C.J.U.E., 14 juillet 1972, Geigy, aff. 52/69
35. C.J.U.E., 30 novembre 1972, Granaria, aff. 18/72
36. C.J.U.E., 6 février 1973, Haecht II, aff. 48/72
37. C.J.U.E., 7 février 1973, Commission/Italie, aff. 39/72
38. C.J.U.E., 15 mars 1973, Marcato, aff. 37/72
39. C.J.U.E., 5 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72
40. C.J.U.E., 4 juillet 1973, Westzucker, aff. 1/73
41. C.J.U.E., 10 octobre 1973, Variola, aff. 34/73
42. C.J.U.E., 11 décembre 1973, Lorenz, aff. 120/73
43. C.J.U.E., 30 janvier 1974, Louwage, aff. 148/73
44. C.J.U.E., 21 février 1974, Kortner e.a/Conseil, aff. jtes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137/73
45. C.J.U.E., 4 avril 1974, Commission/France, aff. 167/73
46. C.J.U.E., 21 juin 1974, Reyners, aff. 2/74
47. C.J.U.E., 11 juillet 1974, Dassonville, aff. 8/74
48. C.J.U.E., 21 novembre 1974, Moulijn, aff. 6/74
49. C.J.U.E., 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74
50. C.J.U.E., 18 février 1975, Farrauto, aff. 66/74
51. C.J.U.E., 20 février 1975, Reich, aff. 64/74
52. C.J.U.E., 18 mars 1975, Deuka, aff. 78/74
53. C.J.U.E., 18 mars 1975, Acton e.a., aff. jtes 44/74, 46/74 et 49/74
54. C.J.U.E., 19 mars 1975, Gillet, aff. 28/74
55. C.J.U.E., 14 mai 1975, CNTA, aff. 74/74
56. C.J.U.E., 27 mai 1975, Mackprang, aff. 2/75
57. C.J.U.E., 18 novembre 1975, Société CAM, aff. 100/74
58. C.J.U.E., 10 décembre 1975, Union nationale des coopératives agricoles de céréales e.a., aff. jtes 95/74 à 98/74, 15/75 et 100/75
59. C.J.U.E., 5 février 1976, Süddeutsche Zucker, aff. 94/75
60. C.J.U.E., 5 février 1976, Bresciani, aff. 87/75
61. C.J.U.E., 8 avril 1976, Defrenne, aff. 43/75
62. C.J.U.E., 24 juin 1976, Elz, aff. 56/75
63. C.J.U.E., 7 juillet 1976, IRCA, aff. 7/76
64. C.J.U.E., 16 décembre 1976, Comet, aff. 45/76, Rec. p. 2043
65. C.J.U.E., 16 décembre 1976, Rewe, aff. 33/76
66. C.J.U.E., 2 février 1977, Amsterdam Bulb, aff. 50/76
67. C.J.U.E., 17 février 1977, CFDT/Conseil, aff. 66/76
68. C.J.U.E., 3 mars 1977, Kerry Milk, aff. 80/76
69. C.J.U.E., 9 mars 1977, de Dapper, aff. 54/75
70. C.J.U.E., 31 mars 1977, Société pour l'exportation des sucres, aff. 88/76
71. C.J.U.E., 8 juin 1977, Merkur, aff. 97/76
72. C.J.U.E., 28 juin 1977, Balkan Import-Export, aff. 118/76

73. C.J.U.E., 14 juillet 1977, Bavaria, aff. jtes 9 et 10/77
74. C.J.U.E., 19 octobre 1977, Ruckdeschel, aff. jtes 117/76 et 16/77
75. C.J.U.E., 27 octobre 1977, Regina, aff. 30/77
76. C.J.U.E., 8 novembre 1977, Balkan, aff. 26/77
77. C.J.U.E., 26 janvier 1978, Union Malt, aff. jtes 44 à 51/77
78. C.J.U.E., 1^{er} février 1978, Lührs, aff. 78/77
79. C.J.U.E., 15 février 1978, Bauche et Delquignies, aff. 96/77
80. C.J.U.E., 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77
81. C.J.U.E., 27 avril 1978, Stimming, aff. 90/77
82. C.J.U.E., 3 mai 1978, Töpfer, aff. 112/77
83. C.J.U.E., 25 mai 1978, HNL, aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77
84. C.J.U.E., 12 octobre 1978, Tayeb Belbouab, aff. 10/78
85. C.J.U.E., 12 octobre 1978, Commission/Belgique, aff. 156/77
86. C.J.U.E., 25 octobre 1978, Koninklijke Scholten-Honig et De Bijenkorf, aff. 125/77
87. C.J.U.E., 29 novembre 1978, Pigs Marketing Board, aff. 83/78
88. C.J.U.E., 25 janvier 1979, Racke, aff. 98/78
89. C.J.U.E., 25 janvier 1979, Decker, aff. 99/78
90. C.J.U.E., 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76
91. C.J.U.E., 6 mars 1979, Simmenthal, aff. 92/78
92. C.J.U.E., 5 avril 1979, Ratti, aff. 148/78
93. C.J.U.E., 16 mai 1979, Tomadini, aff. 84/78
94. C.J.U.E., 12 juillet 1979, Koschniske, aff. 9/79
95. C.J.U.E., 27 septembre 1979, Eridania, aff. 230/78
96. C.J.U.E., 13 décembre 1979, Liselotte Hauer, aff. 44/79
97. C.J.U.E., 27 mars 1980, Denkavit, aff. 61/79
98. C.J.U.E., 27 mars 1980, Salumi e.a., aff. jtes 66, 127 et 128/79
99. C.J.U.E., 6 mai 1980, Commission/Belgique, aff. 102/79
100. C.J.U.E., 10 juillet 1980, Ariete, aff. 811/79
101. C.J.U.E., 10 juillet 1980, Mireco, aff. 826/79
102. C.J.U.E., 10 juillet 1980, Commission/Royaume-Uni, aff. 32/79
103. C.J.U.E., 15 octobre 1980, Providence agricole de la Champagne, aff. 4/79
104. C.J.U.E., 15 octobre 1980, Maïseries de Beauce, aff. 109/79
105. C.J.U.E., 15 octobre 1980, Roquette Frères, aff. 145/79
106. C.J.U.E., 6 mai 1980, Commission/Belgique, aff. 102/79
107. C.J.U.E., 19 juin 1980, Roudolff, aff. 803/79
108. C.J.U.E., 17 décembre 1980, Commission/Belgique, aff. 149/79
109. C.J.U.E., 5 février 1981, P./Commission, aff. 40/79
110. C.J.U.E., 5 mai 1981, Dürbeck, aff. 112/80
111. C.J.U.E., 13 mai 1981, ICI, aff. 66/80
112. C.J.U.E., 13 mai 1981, SPA, aff. 66/80

113. C.J.U.E., 9 juillet 1981, Gondrand Frères e.a., aff. 169/80
114. C.J.U.E., 12 novembre 1981, Salumi e.a., aff. jtes 212/80 à 217/80
115. C.J.U.E., 16 décembre 1981, Foglia, aff. 244/80
116. C.J.U.E., 19 janvier 1982, Becker, aff. 8/81
117. C.J.U.E., 4 février 1982, Buyl e.a., aff. 817/79
118. C.J.U.E., 10 février 1982, Bout, aff. 21/81
119. C.J.U.E., 16 février 1982, Rumi, aff. 258/80
120. C.J.U.E., 18 février 1982, Zuckerfabrik Franken, aff. 77/81
121. C.J.U.E., 18 mai 1982, AM & S Europe Limited, aff. 155/79
122. C.J.U.E., 19 mai 1982, Staple Dairy Products Ltd, aff. 84/81
123. C.J.U.E., 26 mai 1982, Allemagne/Commission, aff. 44/81
124. C.J.U.E., 15 juillet 1982, Edeka, aff. 245/81
125. C.J.U.E., 30 septembre 1982, Amylum, aff. 108/81
126. C.J.U.E., 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81
127. C.J.U.E., 28 octobre 1982, Faust, aff. 52/81
128. C.J.U.E., 15 décembre 1982, Maizena, aff. 5/82
129. C.J.U.E., 11 mars 1982, Grogan, aff. 127/80
130. C.J.U.E., 26 mai 1982, Allemagne/Commission, aff. 44/81
131. C.J.U.E., 30 septembre 1982, Amylum, aff. 108/81
132. C.J.U.E., 19 mai 1983, Mavridis, aff. 289/81
133. C.J.U.E., 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a., aff. 100/80
à 103/80
134. C.J.U.E., 14 juillet 1983, Meiko, aff. 224/82
135. C.J.U.E., 21 septembre 1983, Deutsche Milchkontor, aff. jtes 205 à 215/82
136. C.J.U.E., 22 septembre 1983, Verli-Wallace, aff. 159/82
137. C.J.U.E., 8 novembre 1983, IAZ, aff. jtes 96-102, 104, 105, 108 et 110/82
138. C.J.U.E., 15 novembre 1983, Commission/France, aff. 52/83
139. C.J.U.E., 16 novembre 1983, Thyssen, aff. 188/82
140. C.J.U.E., 13 décembre 1983, Lewis, aff. 222/82
141. C.J.U.E., 1er février 1984 (ord.), Ilford, aff. 1/84 R
142. C.J.U.E., 22 février 1984, Gerda Kloppenburg, aff. 70/83
143. C.J.U.E., 20 mars 1984, Allemagne/Commission, aff. 84/82
144. C.J.U.E., 10 avril 1984, Commission/Belgique, aff. 324/82
145. C.J.U.E., 17 mai 1984, Brusse, aff. 101/83
146. C.J.U.E., 10 juillet 1984, Regina/Kent Kirk, aff. 63/83
147. C.J.U.E., 12 juillet 1984, Moussis, aff. 227/83
148. C.J.U.E., 12 juillet 1984, Ferriera Valsabbia, aff. 209/83
149. C.J.U.E., 25 septembre 1984, Könecke, aff. 117/83
150. C.J.U.E., 13 novembre 1984, Van Gend & Loos, aff. jtes 98/83 et 230/83
151. C.J.U.E., 29 janvier 1985, Gesamthochschule Duisburg, aff. 234/83
152. C.J.U.E., 30 janvier 1985, Commission/Danemark, aff. 143/83

153. C.J.U.E., 27 février 1985, Société des produits de maïs, aff. 112/83
154. C.J.U.E., 28 mars 1985, Commission/Royaume-Uni, aff. 100/84
155. C.J.U.E., 23 mai 1985, Commission/Allemagne, aff. 29/84
156. C.J.U.E., 20 juin 1985, Spachis, aff. 138/84
157. C.J.U.E., 11 juillet 1985, Salerno, aff. jtes 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 et 10/84
158. C.J.U.E., 19 septembre 1985, Hoogovens, aff. jtes 172/83 et 226/83
159. C.J.U.E., 14 novembre 1985, Neumann, aff. 9/84
160. C.J.U.E., 26 novembre 1985, Cockerill-Sambre, aff. 42/85
161. C.J.U.E., 12 décembre 1985, Sideradria, aff. 67/84
162. C.J.U.E., 12 décembre 1985, Krohn, aff. 165/84
163. C.J.U.E., 15 janvier 1986, Pietro Pinna, aff. 41/84
164. C.J.U.E., 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84
165. C.J.U.E., 6 février 1986, Vlachou, aff. 162/84
166. C.J.U.E., 27 février 1986, Röser, aff. 238/84
167. C.J.U.E., 11 mars 1986, Hermanus Adams, aff. 294/84
168. C.J.U.E., 23 avril 1986, Les Verts, aff. 294/83
169. C.J.U.E., 13 mai 1986, Bilka, aff. 170/84
170. C.J.U.E., 15 mai 1986, Oryzomyli Kavallas, aff. 160/84
171. C.J.U.E., 3 juillet 1986, Conseil/Parlement, aff. 34/86
172. C.J.U.E., 23 septembre 1986, AKZO Chemie, aff. 5/85
173. C.J.U.E., 25 novembre 1986, Klensch e.a., aff. jtes 201/85 et 202/85
174. C.J.U.E., 14 janvier 1987, RFA/Commission, aff. 278/84
175. C.J.U.E., 4 février 1987, Cladakis, aff. 276/85
176. C.J.U.E., 24 février 1987, Continentale Produkten Gesellschaft, aff. 312/84
177. C.J.U.E., 26 février 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, aff. 15/85
178. C.J.U.E., 11 mars 1987, Van den Bergh en Jurgens, aff. 265/85
179. C.J.U.E., 26 mars 1987, Commission/Conseil, aff. 45/86
180. C.J.U.E., 9 avril 1987, Commission/Italie, aff. 363/85
181. C.J.U.E., 7 mai 1987, Koyo Seiko, 256/84
182. C.J.U.E., 21 mai 1987, Rau e.a., aff. jtes 133/85, 134/85, 135/85 et 136/85
183. C.J.U.E., 17 juin 1987, Frico e.a., aff. jtes 424/85 et 425/85
184. C.J.U.E., 17 septembre 1987, Commission/ Pays-Bas, aff. 291/84
185. C.J.U.E., 1^{er} octobre 1987, Royaume-Uni/Commission, aff. 84/85
186. C.J.U.E., 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86
187. C.J.U.E., 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85
188. C.J.U.E., 12 novembre 1987, Ferriere San Carlo, aff. 344/85
189. C.J.U.E., 24 novembre 1987, RSV, aff. 223/85
190. C.J.U.E., 15 décembre 1987, Pays-Bas/Commission, aff. 237/86
191. C.J.U.E., 15 décembre 1987, Irlande/Commission, aff. 325/85
192. C.J.U.E., 15 décembre 1987, Pays-Bas/Commission, aff. 326/85

193. C.J.U.E., 27 janvier 1988, Danemark/Commission, aff. 349/85
194. C.J.U.E., 2 février 1988, Blaizot, aff. 24/86
195. C.J.U.E., 2 février 1988, Barra, C-309/85
196. C.J.U.E., 3 mars 1988, Commission/Italie, aff. 116/86
197. C.J.U.E., 21 avril 1988, Fratelli Pardini, aff. 338/85
198. C.J.U.E., 26 avril 1988, Krücken, aff. 316/86
199. C.J.U.E., 28 avril 1988, Mulder, aff. 120/86
200. C.J.U.E., 28 avril 1988, von Deetzen, aff. 170/86
201. C.J.U.E., 5 mai 1988, Gutshof, aff. 91/87
202. C.J.U.E., 31 mai 1988, Rousseau, aff. 167/86
203. C.J.U.E., 21 juin 1988, Commission/Italie, aff. 257/86
204. C.J.U.E., 29 juin 1988, Van Landschoot, aff. 300/86
205. C.J.U.E., 30 juin 1988, Commission/Grèce, aff. 226/97
206. C.J.U.E., 20 septembre 1988, Espagne/Commission, aff. 203/86
207. C.J.U.E., 21 septembre 1989, Hoechst, aff. jtes 46/87 et 227/88
208. C.J.U.E., 27 septembre 1988, Parlement/Conseil, aff. 302/87
209. C.J.U.E., 5 octobre 1988, Brother/Conseil, aff. 250/85
210. C.J.U.E., 5 octobre 1988, Fingruth, aff. 129/87
211. C.J.U.E., 5 octobre 1988, Sharp Corporation/Conseil, aff. 301/85
212. C.J.U.E., 22 février 1989, Commission/France et Royaume-Uni, aff. jtes 92- 93/87
213. C.J.U.E., 27 juin 1989, Karl Leukhardt, aff. 113/88
214. C.J.U.E., 12 juillet 1989, Binder, aff. 161/88
215. C.J.U.E., 13 juillet 1989, Henriksen, aff. 173/88
216. C.J.U.E., 9 novembre 1989, Bessin et Salson, aff. 386/87
217. C.J.U.E., 9 janvier 1990, SAFA, C-337/88
218. C.J.U.E., 14 février 1990, France/Commission, C-301/87
219. C.J.U.E., 14 février 1990, Delacre e.a., C-350/88
220. T.U.E., 8 mars 1990, Maindiaux e.a., T-28/89
221. C.J.U.E., 13 mars 1990, Commission/France, C-30/89
222. C.J.U.E., 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas, C-339/87
223. C.J.U.E., 27 mars 1990, Italie/Commission, C-10/88
224. T.U.E., 27 mars 1990, Chomel, T-123/89
225. C.J.U.E., 17 mai 1990, Barber, C-262/88
226. C.J.U.E., 22 mai 1990, Parlement/Conseil, C-70/88
227. C.J.U.E., 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89
228. C.J.U.E., 26 juin 1990, Sofrimport, C-152/88
229. C.J.U.E., 28 juin 1990, Hoche, C-174/89
230. T.U.E., 10 juillet 1990, Tetra Pak, T-51/89
231. C.J.U.E., 20 septembre 1990, Commission/Allemagne, C-5/89
232. C.J.U.E., 17 octobre 1990, HAG, C-10/89

- 233. C.J.U.E., 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88
- 234. C.J.U.E., 11 décembre 1990, Pastätter, C-217/89
- 235. C.J.U.E., 11 décembre 1990, Spagl, C-189/89
- 236. C.J.U.E., 12 décembre 1990, Kaefer e.a., aff. jtes C-100/89 et C-101/89
- 237. C.J.U.E., 17 janvier 1991, Commission/Italie, C-157/89,
- 238. T.U.E., 7 février 1991, Tagaras, aff. jtes T-18/89 et T-24/89
- 239. C.J.U.E., 21 février 1991, Zuckerfabrik, aff. jtes C-143/88 et C-92/89
- 240. C.J.U.E., 28 février 1991, Commission/Italie, C-360/87
- 241. C.J.U.E., 28 février 1991, Delimitis, C-234/89
- 242. C.J.U.E., 21 mars 1991, Rauh, C-314/89
- 243. C.J.U.E., 7 mai 1991, Nakajima All Precision, C-69/89
- 244. C.J.U.E., 16 mai 1991, Commission/Pays-Bas, C-96/89
- 245. C.J.U.E., 30 mai 1991, Commission/Allemagne, aff. 361/88
- 246. C.J.U.E., 30 mai 1991, Commission/Allemagne, C-59/89
- 247. T.U.E., 7 juin 1991, Weyrich, T-14/91
- 248. C.J.U.E., 20 juin 1991, Cargill, C-248/89
- 249. T.U.E., 27 juin 1991, Valverde, T-156/89
- 250. C.J.U.E., 11 juillet 1991, Crispoltoni, aff. C-368/89
- 251. C.J.U.E., 25 juillet 1991, Emmott, C-208/90
- 252. T.U.E., 25 septembre 1991, Lacroix, T-54/90
- 253. C.J.U.E., 1^{er} octobre 1991, Vidrányi, C-283/90 P
- 254. C.J.U.E., 22 octobre 1991, von Deetzen, aff. 44/89
- 255. C.J.U.E., 19 novembre 1991, Francovich e.a., aff. jtes C-6/90 et C-9/90
- 256. C.J.U.E., 27 novembre 1991, Meico-Fell, C-273/90
- 257. C.J.U.E., 10 janvier 1992, Kühn, C-177/90
- 258. T.U.E., 27 février 1992, BASF, aff. jtes T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89
- 259. C.J.U.E., 10 mars 1992, Lomas e.a., aff. jtes C-38/90 et C-151/90
- 260. C.J.U.E., 19 mai 1992, Mulder e.a., aff. jtes C-104/89 et C-37/90
- 261. C.J.U.E., 30 juin 1992, Espagne/Commission, C-312/90
- 262. C.J.U.E., 16 juillet 1992, Legros e.a., C-163/90
- 263. C.J.U.E., 27 octobre 1992, Commission/Allemagne, C-74/91
- 264. C.J.U.E., 3 décembre 1992, Wehrs, C-264/90
- 265. T.U.E., 17 décembre 1992, Holtbecker, T-20/91
- 266. C.J.U.E., 23 mars 1993, Weber, C-314/91
- 267. C.J.U.E., 24 mars 1993, CIRFS e.a., C-313/90
- 268. C.J.U.E., 1^{er} avril 1993, Diversinte, aff. jtes C-260/91 et C-261/91
- 269. C.J.U.E., 1^{er} avril 1993, Lageder e.a., C-31/91 à C-44/91
- 270. C.J.U.E., 28 avril 1993, Commission/Italie, C-306/91
- 271. C.J.U.E., 19 mai 1993, Twijnstra, C-81/91
- 272. C.J.U.E., 9 juin 1993, Commission/Italie, C-95/92

273. C.J.U.E., 16 juin 1993, France/Commission, C-325/91
274. C.J.U.E., 15 juillet 1993, GruSa Fleisch, C-34/92
275. C.J.U.E., 5 octobre 1993, vof Driessen en Zonen, aff. jtes C-13/92, C-14/92, C- 15/92 et C-16/92
276. C.J.U.E., 27 octobre 1993, Steenhorst-Neerings, C-338/91
277. C.J.U.E., 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267/91 et C-268/91
278. C.J.U.E., 14 décembre 1993, Moroni, C-110/91
279. C.J.U.E., 23 décembre 1993, Neath, C-152/91
280. C.J.U.E., 9 février 1994, Commission/Italie, C-119/92
281. C.J.U.E., 9 mars 1994, TWD, C-188/92
282. C.J.U.E., 13 avril 1994, Banks, C-128/92
283. C.J.U.E., 15 juin 1994, Commission/BASF e.a., C-137/92 P
284. T.U.E., 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger International, T-43/92
285. C.J.U.E., 14 septembre 1994, Espagne/Commission, aff. jtes C-278/92, C- 279/92 et C-280/92
286. C.J.U.E., 28 septembre 1994, Vroege, C-57/93
287. C.J.U.E., 5 octobre 1994, Crispoltoni e.a., aff. jtes C-133/93, C-300/93 et C-362/93
288. C.J.U.E., 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93
289. C.J.U.E., 5 octobre 1994, Italie/Commission, C-47/91
290. T.U.E., 6 octobre 1994, Tetra Pak, T-83/91
291. T.U.E., 27 octobre 1994, Fiatagri e.a., T-34/92
292. T.U.E., 30 novembre 1994, Dornonville de la Cour, T-498/93
293. C.J.U.E., 6 décembre 1994, Johnson, C-410/92
294. C.J.U.E., 15 décembre 1994, Bayer, C-195/91 P
295. T.U.E., 15 décembre 1994, Unifruit Hellas, T-489/93
296. T.U.E., 24 janvier 1995, Tremblay e.a., T-5/93
297. T.U.E., 26 janvier 1995, De Compte, T-90/91 et T-62/92
298. T.U.E., 21 février 1995, Campo Ebro e.a./Conseil, T-472/93
299. C.J.U.E., 23 mars 1995, Commission/Grèce, C-365/93
300. T.U.E., 6 avril 1995, BASF, aff. jtes T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89
301. T.U.E., 6 avril 1995, Tréfilunion, T-148/89
302. T.U.E., 6 avril 1995, Ferriere Nord, T-143/89
303. T.U.E., 18 mai 1995, Wafer Zoo, T-478/93
304. T.U.E., 29 juin 1995, Solvay, T-32/91
305. T.U.E., 13 juillet 1995, O'Dwyer e.a./Conseil, aff. jtes T-466/93, T-469/93, T-473/93, T-474/93 et T-477/93
306. C.J.U.E., 11 août 1995, Roders e.a., aff. jtes C-367/93 à C-377/93

- 307. C.J.U.E., 11 août 1995, Cavarzere Produzioni Industriali e.a., C-1/94
- 308. T.U.E., 14 septembre 1995, Lefebvre e.a., T-571/93
- 309. C.J.U.E., 19 octobre 1995, Hönig, C-128/94
- 310. T.U.E., 13 décembre 1995, Varkens e.a., aff. jtes T-481/93 et T-484/93
- 311. C.J.U.E., 14 décembre 1995, Peterbroeck, C-312/93
- 312. C.J.U.E., 15 décembre 1995, Bosman e.a., C-415/93
- 313. C.J.U.E., 8 février 1996, FMC e.a., C-212/94
- 314. C.J.U.E., 13 février 1996, van Es Douane Agenten, C-143/93
- 315. C.J.U.E., 13 février 1996, Bautiaa, aff. jtes C-197/94 et C-252/94
- 316. C.J.U.E., 15 février 1996, Duff e.a., C-63/93
- 317. T.U.E., 27 février 1996, Galtieri, T-235/94
- 318. C.J.U.E., 29 février 1996, INZO, C-110/94
- 319. C.J.U.E., 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur, aff. jtes C-46/93 et C-48/93
- 320. C.J.U.E., 7 mars 1996, Parlement/Conseil, C-360/93
- 321. T.U.E., 24 avril 1996, Industrias Pesqueras Campos, aff. jtes T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 et T-234/94
- 322. C.J.U.E., 30 avril 1996, Cabanis-Issarte, C-308/93
- 323. C.J.U.E., 19 septembre 1996, Commission/Grèce, C-236/95
- 324. C.J.U.E., 26 septembre 1996, Arcaro, C-168/95
- 325. T.U.E., 16 octobre 1996, Efisol SA/Commission, T-336/94
- 326. C.J.U.E., 17 octobre 1996, Lubella, C-64/95
- 327. C.J.U.E., 24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a., C-72/95
- 328. C.J.U.E., 5 décembre 1996, Merck, aff. jtes C-267/95 et C-268/95
- 329. C.J.U.E., 12 décembre 1996, Accrington Beef e.a., C-241/95
- 330. C.J.U.E., 12 décembre 1996, X, aff. jtes C-74/95 et C-129/95
- 331. T.U.E., 12 décembre 1996, Altmann e.a., aff. jtes T-177/94 et T-377/94
- 332. C.J.U.E., 14 janvier 1997, Espagne/Commission, C-169/95
- 333. T.U.E., 22 janvier 1997, Opel Austria, T-115/94
- 334. C.J.U.E., 30 janvier 1997, Wiljo, C-178/95
- 335. T.U.E., 5 février 1997, Ibarra Gil, T-207/95
- 336. T.U.E., 5 février 1997, Petit-Laurent, T-211/95
- 337. C.J.U.E., 13 mars 1997, Commission/France, C-197/96
- 338. C.J.U.E., 18 mars 1997, Guérin automobiles, C-282/95 P
- 339. T.U.E., 19 mars 1997, Oliveira, T-73/95
- 340. C.J.U.E., 15 avril 1997, Irish Farmers Association e.a., C-22/94
- 341. C.J.U.E., 15 avril 1997, Woodspring District Council, C-27/95
- 342. C.J.U.E., 17 avril 1997, De Compte, C-90/95 P
- 343. C.J.U.E., 10 juillet 1997, Palmisani, C-261/95
- 344. T.U.E., 14 juillet 1997, Interhotel, T-81/95
- 345. C.J.U.E., 17 juillet 1997, Affish, C-183/95
- 346. C.J.U.E., 17 juillet 1997, Texaco, aff. jtes C-114/95 et C-115/95

347. C.J.U.E., 17 juillet 1997, Haahr Petroleum, C-90/94
348. T.U.E., 18 septembre 1997, Mutual Aid Administration Services, aff. jtes T-121/96 et T-151/96
349. C.J.U.E., 2 octobre 1997, Parlement/Conseil, C-259/95
350. C.J.U.E., 2 octobre 1997, Saldanha, C-122/96
351. T.U.E., 15 octobre 1997, IPK-München, T-331/94
352. C.J.U.E., 16 octobre 1997, Banque Indosuez e.a., C-177/96
353. T.U.E., 21 octobre 1997, Deutsche Bahn, T-229/94
354. T.U.E., 22 octobre 1997, SCK et FNK, aff. jtes T-213/95 et T-18/96
355. T.U.E., 24 octobre 1997, British Steel, T-243/94
356. T.U.E., 24 octobre 1997, Stahl e.a., T-244/94
357. C.J.U.E., 2 décembre 1997, Fantask, C-188/95
358. C.J.U.E., 4 décembre 1997, Commission/Italie, C-207/96
359. C.J.U.E., 11 décembre 1997, Magorrian et Cunningham C-246/96
360. C.J.U.E., 15 janvier 1998, Mannesmann e.a., C-44/96
361. T.U.E., 21 juillet 1998, Mellett, aff. jtes T-66/96 et T-221/97
362. T.U.E., 27 janvier 1998, Ladbroke Racing/Commission, T-67/94
363. T.U.E., 29 janvier 1998, Dubois et Fils, T-113/96
364. T.U.E., 17 février 1998, Pharos, T-105/96,
365. T.U.E., 19 février 1998, Eyckeler & Malt, T-42/96
366. C.J.U.E., 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, C-122/95
367. C.J.U.E., 19 mars 1998, Compassion in World Farming Ltd, C-1/96
368. T.U.E., 25 mars 1998, Louis Koopman (ord.), T-202/97
369. C.J.U.E., 26 mars 1998, Odette Nikou Petridi, C-324/96
370. C.J.U.E., 31 mars 1998, France/Commission, C-68/94
371. T.U.E., 31 mars 1998, Preussag Stahl, T-129/96
372. C.J.U.E., 2 avril 1998, EMU Tabac, C-296/95
373. C.J.U.E., 12 mai 1998, Steff-Houlberg Export e.a., C-366/95
374. C.J.U.E., 12 mai 1998, Royaume-Uni/Commission, C-106/96
375. C.J.U.E., 28 mai 1998, Parlement européen/Conseil, C-22/96
376. C.J.U.E., 11 juin 1998, Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises, C-361/96
377. C.J.U.E., 17 juin 1998, Mecklenburg, C-321/96
378. T.U.E., 17 juin 1998, Svenska Journalistförbundet, T-174/95
379. T.U.E., 16 juillet 1998, Regione Toscana, T-81/97
380. C.J.U.E., 16 juillet 1998, Oelmühle et Schmidt Söhne, C-298/96
381. C.J.U.E., 15 septembre 1998, Spac, C-260/96
382. C.J.U.E., 15 septembre 1998, Ansaldo Energia, aff. jtes C-279/96, C-280/96 et C-281/96
383. T.U.E., 15 septembre 1998, BFM et EFIM, aff. jtes T-126/96 et T-127/96
384. T.U.E., 15 septembre 1998, Branco, T-142/97

385. T.U.E., 15 septembre 1998, European Night Services e.a., aff. jtes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94
386. C.J.U.E., 15 septembre 1998, Edilizia Industriale Siderurgica, C-231/96
387. C.J.U.E., 17 septembre 1998, Pontillo, C-372/96
388. C.J.U.E., 24 septembre 1998, Commission/France, C-35/97
389. C.J.U.E., 29 septembre 1998, First City Trading, C-263/97
390. C.J.U.E., 1^{er} octobre 1998, Royaume-Uni/Commission, C-209/96
391. C.J.U.E., 1^{er} octobre 1998, Langnese-Iglo, C-279/95 P
392. C.J.U.E., 29 octobre 1998, Commission/Grèce, C-185/96
393. C.J.U.E., 17 novembre 1998, Aprile, C-228/96
394. C.J.U.E., 19 novembre 1998, Portugal/Commission, C-159/96
395. C.J.U.E., 26 novembre 1998, Covita, C-370/96
396. C.J.U.E., 1^{er} décembre 1998, Levez, C-326/96
397. C.J.U.E., 3 décembre 1998, Belgocodex, C-381/97
398. C.J.U.E., 3 décembre 1998, Generics (UK) e.a., C-368/96
399. C.J.U.E., 17 décembre 1998, Baustahlgewebe, C-185/95 P
400. T.U.E., 17 décembre 1998, Embassy Limousines & Services, T-203/96
401. C.J.U.E., 21 janvier 1999, Allemagne/Commission, C-54/95
402. C.J.U.E., 21 janvier 1999, Commission/Belgique, C-207/97
403. C.J.U.E., 9 février 1999, Dilexport, C-343/96
404. C.J.U.E., 4 mars 1999, Ufex e.a./Commission, C-119/97 P
405. T.U.E., 25 mars 1999, Forges de Clabecq SA/Commission, T-37/97
406. T.U.E., 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96
407. T.U.E., 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a., aff. jtes T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94
408. C.J.U.E., 4 mai 1999, Sürül, C-262/96
409. T.U.E., 12 mai 1999, Moccia Irme e.a., aff. jtes T-164/96, T-165/96, T-166/96, T-167/96, T-122/97 et T-130/97
410. C.J.U.E., 19 mai 1999, Commission/France, C-225/97
411. C.J.U.E., 1^{er} juin 1999, Eco Swiss, C-126/97
412. T.U.E., 17 juin 1999, ARAP e.a., T-82/96
413. C.J.U.E., 29 juin 1999, Butterfly Music, C-60/98
414. T.U.E., 6 juillet 1999, Forvass, T-203/97
415. T.U.E., 7 juillet 1999, Stahl, T-106/96
416. T.U.E., 8 juillet 1999, VTM, T-266/97
417. C.J.U.E., 8 juillet 1999, Commission/France, C-354/98
418. C.J.U.E., 8 juillet 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P
419. C.J.C.E., 8 juillet 1999, Commission/France, C-354/98
420. C.J.U.E., 8 juillet 1999, Chemie Linz/Commission, C-245/92 P
421. C.J.U.E., 14 septembre 1999, AssiDomän, C-310/97

422. T.U.E., 16 septembre 1999, Partex, T-182/96
423. T.U.E., 29 septembre 1999, Evans e.a., aff. jtes T-148/98 et T-162/98
424. T.U.E., 29 septembre 1999, Sonasa, T-126/97
425. C.J.U.E., 14 octobre 1999, Atlanta, C-104/97 P
426. C.J.U.E., 28 octobre 1999, Commission/Grèce, C-187/98
427. C.J.U.E., 23 novembre 1999, Portugal/Conseil, C-149/96
428. T.U.E., 1^{er} décembre 1999, Boehringer e.a., aff. jtes T-125/96 et T-152/96
429. T.U.E., 13 décembre 1999, Sodima, aff. jtes T-190/95 et T-45/96
430. T.U.E., 15 décembre 1999, Freistaat Sachsen, aff. jtes T-132/96 et T-143/96
431. T.U.E., 16 décembre 1999, Falck, T-158/96
432. T.U.E., 18 janvier 2000, Mehibas Dordtselaan, T-290/97
433. C.J.U.E., 27 janvier 2000, DIR International Film e.a., C-164/98 P
434. T.U.E., 27 janvier 2000, Branco, aff. jtes T-194/97 et T-83/98
435. T.U.E., 3 février 2000, CCRE/Commission, aff. jtes T-46/98 et T-151/98
436. C.J.U.E., 10 février 2000, Fitzwilliam Technical Services, C-202/97
437. C.J.U.E., 10 février 2000, Vick et Conze, aff. jtes C-234/96 et C-235/96
438. C.J.U.E., 24 février 2000, Commission/France, C-434/97
439. C.J.U.E., 4 mars 2000, Église de scientologie, C-54/99
440. C.J.U.E., 9 mars 2000, EKW et Wein & Co., C-437/97
441. C.J.U.E., 9 mars 2000, Commission/Italie, C-358/98
442. C.J.U.E., 14 mars 2000, Eglise de scientologie, C-54/99
443. C.J.U.E., 4 avril 2000, Commission/Conseil, C-269/97
444. C.J.U.E., 6 avril 2000, ICI, C-286/95 P
445. C.J.U.E., 6 avril 2000, Commission/Solvay, aff. jtes C-287/95 P et C-288/95 P
446. C.J.U.E., 13 avril 2000, W.N., C-420/98
447. C.J.U.E., 16 mai 2000, Shirley Preston e.a., C-78/98
448. C.J.U.E., 16 mai 2000, Belgique/Espagne, C-388/95
449. C.J.U.E., 18 mai 2000, Rombi & Arkopharma, C-107/97
450. C.J.U.E., 23 mai 2000, Buchner e.a., C-104/98
451. C.J.U.E., 25 mai 2000, Kögler, C-82/98 P
452. C.J.U.E., 6 juin 2000, Verkooijen, C-35/98
453. C.J.U.E., 8 juin 2000, Schlossstrasse, C-396/98
454. T.U.E., 13 juin 2000, EPAC/Commission, aff. jtes T-204/97 et T-270/97,
455. T.U.E., 15 juin 2000, Alzetta Mauro, aff. jtes T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98
456. T.U.E., 27 juin 2000, Meyer, T-72/99
457. T.U.E., 29 juin 2000, Medici Grimm, T-7/99
458. C.J.U.E., 29 juin 2000, Politi/ETF, C-154/99 P
459. C.J.U.E., 4 juillet 2000, Commission/Grèce, C-387/97
460. C.J.U.E., 13 juillet 2000, Salzgitter, C-210/98 P

- 461. C.J.U.E., 13 juillet 2000, Commission/France, C-160/99
- 462. C.J.U.E., 12 septembre 2000, Commission/France, C-276/97
- 463. C.J.U.E., 12 septembre 2000, Commission/Grèce, C-260/98
- 464. C.J.U.E., 19 septembre 2000, Ampafrance, aff. jtes C-177/99 et C-181/99
- 465. C.J.U.E., 19 septembre 2000, Linster, C-287/98
- 466. T.U.E., 26 septembre 2000, Starway, T-80/97
- 467. T.U.E., 29 septembre 2000, CETM, T-55/99
- 468. C.J.U.E., 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98
- 469. C.J.U.E., 12 octobre 2000, Cooke, C-372/98
- 470. T.U.E., 26 octobre 2000, Ripa di Meana e.a., aff. jtes T-83/99 à T-85/99
- 471. T.U.E., 5 décembre 2000, Gooch, T-197/99
- 472. C.J.U.E., 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98
- 473. C.J.U.E., 14 décembre 2000, Allemagne/Commission, C-245/97
- 474. C.J.U.E., 14 décembre 2000, Masterfoods, C-344/98
- 475. T.U.E., 14 décembre 2000, CCRE/Commission, T-105/99
- 476. C.J.U.E., 18 janvier 2001, Commission/Espagne, C-83/99
- 477. T.U.E., 7 février 2001, NALOO, T-89/98
- 478. C.J.U.E., 15 février 2001, Commission/France, C-230/99
- 479. C.J.U.E., 15 février 2001, Nachi, C-239/99
- 480. C.J.U.E., 15 février 2001, Autriche/Commission, C-99/98
- 481. C.J.U.E., 20 février 2001, Kaur, C-192/99
- 482. T.U.E., 6 mars 2001, Dunnett, T-192/99
- 483. C.J.U.E., 10 mai 2001, Commission/Pays-Bas, C-144/99
- 484. C.J.U.E., 10 mai 2001, Rundgren, C-389/99
- 485. C.J.U.E., 17 mai 2001, IECC, C-450/98 P
- 486. T.U.E., 5 juin 2001, Feralpi, T-6/99
- 487. T.U.E., 7 juin 2001, Agrana Zucker und Stärke/Commission, T-187/99
- 488. C.J.U.E., 28 juin 2001, Larsy, C-118/00, Rec. p. I-5063
- 489. T.U.E., 20 septembre 2001, Spruyt, T-171/00
- 490. C.J.U.E., 20 septembre 2001, Banks, C-390/98
- 491. C.J.U.E., 20 septembre 2001, Grzelczyk, C-184/99
- 492. T.U.E., 2 octobre 2001, Martinez e.a., aff. jtes T-222/99, T-327/99 et T-329/99
- 493. C.J.U.E., 4 octobre 2001, Italie/Commission, C-403/99
- 494. C.J.U.E., 9 octobre 2001, Flemmer e.a., aff. C-80/99 à C-82/99
- 495. C.J.U.E., 8 novembre 2001, Silos e Mangimi Martini, C-228/99
- 496. T.U.E., 15 novembre 2001, Van Huffel, T-142/00,
- 497. C.J.U.E., 15 novembre 2001, Commission/Italie, C-49/00
- 498. C.J.U.E., 22 novembre 2001, Pays-Bas/Conseil, C-301/97
- 499. C.J.U.E., 29 novembre 2001, Griesmar, C-366/99
- 500. T.U.E., 6 décembre 2001, Emesa Sugar/Conseil, T-43/98

501. T.U.E., 6 décembre 2001, Area Cova e.a., T-196/99
502. C.J.U.E., 6 décembre 2001, Grèce/Commission, C-373/99
503. C.J.U.E., 13 décembre 2001, Heiningen, C-481/99
504. C.J.U.E., 13 décembre 2001, Parlement/Conseil, C-93/00
505. C.J.U.E., 11 janvier 2002, Biret International/Conseil, T-174/00
506. C.J.U.E., 24 janvier 2002, Conserve Italia/Commission, C-500/99 P,
507. C.J.U.E., 29 janvier 2002, Beata Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00
508. T.U.E., 31 janvier 2002, Hult/Commission, T-206/00
509. C.J.U.E., 19 février 2002, Besix, C-256/00
510. T.U.E., 6 mars 2002, Territorio Histórico de Álava e.a., aff. jtes T-127/99, T-129/99 et T-148/99
511. C.J.U.E., 7 mars 2002, Italie/Commission, C-310/99
512. C.J.U.E., 19 mars 2002, Commission/Grèce, C-426/98
513. T.U.E., 20 mars 2002, LR AF 1998, T-23/99
514. C.J.U.E., 18 avril 2002, Duchon, C-290/00
515. T.U.E., 3 mai 2002, Jégo Quéré, T-177/01
516. T.U.E., 14 mai 2002, Graphischer Maschinenbau, T-126/99
517. C.J.U.E., 4 juin 2002, Commission/France, C-483/99
518. C.J.U.E., 13 juin 2002, Pays-Bas/Commission, C-382/99
519. C.J.U.E., 20 juin 2002, Thomsen, C-401/99
520. C.J.U.E., 20 juin 2002, Mulligan e.a., C-313/99
521. T.U.E., 25 juin 2002, B/Commission (ord. référé), T-34/02 R
522. C.J.U.E., 11 juillet 2002, Marks & Spencer, C-62/00
523. C.J.U.E., 18 juillet 2002, Autosalone (ord.), C-136/01
524. C.J.U.E., 25 juillet 2002, UPA, C-50/00 P
525. C.J.U.E., 10 septembre 2002, Prisco et CASER, aff. jtes C-216/99 et C-222/99
526. T.U.E., 11 septembre 2002, Alpharma/Conseil, T-70/99
527. T.U.E., 11 septembre 2002, Pfizer/Conseil, T-13/99
528. C.J.U.E., 19 septembre 2002, Huber, C-336/00
529. C.J.U.E., 24 septembre 2002, Grundig Italiana, C-255/00
530. C.J.U.E., 24 septembre 2002, Falck, aff. C-74/00 P et C-75/00 P
531. C.J.U.E., 3 octobre 2002, Barreira Pérez, C-347/00
532. C.J.U.E., 15 octobre 2002, Scanbox Entertainment, T-233/00
533. C.J.U.E., 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P à C-252/99P et C-254/99P
534. C.J.U.E., 22 octobre 2002, National Farmers' Union, C-241/01
535. T.U.E., 23 octobre 2002, Territorio Histórico de Álava e.a., aff. jtes T-346/99, T-347/99 et T-348/99
536. T.U.E., 5 novembre 2002, Ronsse, T-205/01

537. T.U.E., 7 novembre 2002, Vela e.a., aff. jtes T-141/99, T-142/99, T-150/99 et T-151/99
538. T.U.E., 7 novembre 2002, G/Commission, T-199/01
539. T.U.E., 20 novembre 2002, Lagardère SCA et Canal+ SA/, T-251/00
540. C.J.U.E., 21 novembre 2002, Cofidis, C-473/00
541. T.U.E., 6 décembre 2002, D/BEI (ord.), T-275/02 R
542. T.U.E., 10 décembre 2002, Karl Thomae, T-123/00
543. C.J.U.E., 12 décembre 2002, Universale-Bau, C-470/99
544. C.J.U.E., 16 janvier 2003, Libor Cipra e.a., C-439/01
545. T.U.E., 28 janvier 2003, F/Cour des comptes, T-138/01
546. C.J.U.E., 27 février 2003, Commission/Belgique, C-415/01
547. C.J.U.E., 6 mars 2003, Commission/Luxembourg, C-478/01
548. C.J.U.E., 6 mars 2003, Niemann, C-14/01
549. T.U.E., 13 mars 2003, Martí Peix, T-125/01
550. T.U.E., 19 mars 2003, Innova Privat-Akademie, T-273/01
551. T.U.E., 10 avril 2003, Scott, T-366/00
552. T.U.E., 10 avril 2003, Département du Loiret, T-369/00
553. C.J.U.E., 6 mai 2003, Libertel, C-104/01
554. C.J.U.E., 20 mai 2003, Ravil /Bellon et al., C-469/00
555. C.J.U.E., 20 mai 2003, Consorzio del Prosciutto di Parma, C-108/01
556. C.J.U.E., 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00
557. T.U.E., 9 juillet 2003, Kyowa Hakko, T-223/00
558. T.U.E., 9 juillet 2003, Cheil JedangCorp, T-220/00
559. C.J.U.E., 10 juillet 2003, Commission/BCE, C-11/00
560. T.U.E., 5 août 2003, P & O European Ferries e.a., aff. jtes T-116/01 et T-118/01
561. C.J.U.E., 9 septembre 2003, Kik/OHMI, C-361/01 P
562. C.J.U.E., 9 septembre 2003, Jaeger, C-151/02
563. C.J.U.E., 11 septembre 2003, Autriche/Conseil, C-445/00
564. T.U.E., 17 septembre 2003, Stadtsportverband Neuss, T-137/01
565. C.J.U.E., 18 septembre 2003, Volkswagen, C-338/00 P
566. C.J.U.E., 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01
567. C.J.U.E., 2 octobre 2003, NALOO, aff. jtes C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P et C-180/01 P
568. C.J.U.E., 2 octobre 2003, Aristrain/Commission, C-196/99 P
569. C.J.U.E., 2 octobre 2003, Krupp, C-195/99 P
570. C.J.U.E., 23 octobre 2003, Scherndl, C-40/02
571. C.J.U.E., 20 novembre 2003, Commission/France, C-296/01
572. C.J.U.E., 25 novembre 2003, Commission/Espagne, C-278/01
573. T.U.E., 27 novembre 2003, Regione Siciliana/Commission, T-190/00
574. C.J.U.E., 13 janvier 2004, Kühne & Heitz, C-453/00

575. T.U.E., 14 janvier 2004, Fleuren Compost, T-109/01
576. T.U.E., 28 janvier 2004, Euroagri/Commission, T-180/01
577. T.U.E., 28 janvier 2004, OPTUC, aff. jtes T-142/01 et T-283/01
578. C.J.U.E., 12 février 2004, Slob, C-236/02
579. C.J.U.E., 25 mars 2004, Cooperativa Lattepiù, aff. jtes C-231/00, C-303/00 et C-451/00
580. C.J.U.E., 1^{er} avril 2004, Borgmann, C-1/02
581. C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-91/01
582. C.J.U.E., 29 avril 2004, Sudholz, C-17/01
583. C.J.U.E., 29 avril 2004, Gemeente Leusden e.a., aff. C-487/01 et C-7/02
584. C.J.U.E., 29 avril 2004, Finanzamt Sulingen/Sudholz, C-17/01
585. C.J.U.E., 29 avril 2004, Italie/Commission, C-372/97
586. T.U.E., 29 avril 2004, Tokai Carbon e.a., aff. jtes T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01
587. C.J.U.E., 1^{er} juin 1994, Commission/Allemagne, C-317/92
588. T.U.E., 10 juin 2004, François, T-307/01
589. C.J.U.E., 17 juin 2004, Recheio, C-30/02
590. T.U.E., 30 juin 2004, GE Betz Inc., T-107/02
591. T.U.E., 1^{er} juillet 2004, Salzgitter, T-308/00
592. C.J.U.E., 15 juillet 2004, Gerekens, C-459/02
593. C.J.U.E., 15 juillet 2004, Di Lenardo Adriano e.a., aff. jtes C-37/02 et C-38/02
594. C.J.U.E., 16 septembre 2004, Commission/Espagne, C-227/01
595. T.U.E., 28 septembre 2004, MCI, T-310/00
596. T.U.E., 5 octobre 2004, Eagle, T-144/02
597. C.J.U.E., 5 octobre 2004, Commission/Grèce, C-475/01
598. C.J.U.E., 11 novembre 2004, Demesa, aff. jtes C-183/02 P et C-187/02 P
599. T.U.E., 18 novembre 2004, Ferriere Nord, T-176/01
600. T.U.E., 23 novembre 2004, Cantina e.a., T-166/98
601. T.U.E., 16 décembre 2004, Pappas, T-11/02
602. C.J.U.E., 17 février 2005, Linneweber e.a., aff. jtes C-453/02 et C-462/02
603. C.J.U.E., 1^{er} mars 2005, Owusu, C-281/02
604. C.J.U.E., 15 mars 2005, Bidar, C-209/03
605. T.U.E., 16 mars 2005, Ricci, T-329/03
606. C.J.U.E., 23 mars 2005, Marselisborg Lystbådehavn, C-428/02
607. C.J.U.E., 14 avril 2005, Belgique/Commission, C-110/03
608. C.J.U.E., 26 avril 2005, Goed Wonen, C-376/02
609. C.J.U.E., 3 mai 2005, Berlusconi e.a., aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02
610. T.U.E., 4 mai 2005, Castets, T-398/03
611. C.J.U.E., 10 mai 2005, Italie/Commission, C-400/99

- 612. C.J.U.E., 12 mai 2005, Commission/Belgique, C-287/03
- 613. C.J.U.E., 13 mai 2005, Commission/Espagne, C-463/00
- 614. C.J.U.E., 2 juin 2005, Dörr et Ünal, C-136/03
- 615. C.J.U.E., 7 juin 2005, VEMW e.a., C-17/03
- 616. C.J.U.E., 7 juin 2005, Vereniging voor Energie, Milieu en Water, e.a., C-17/03
- 617. C.J.U.E., 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a., aff. jtes C-189/02 P, C-202/02P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P
- 618. T.U.E., 30 juin 2005, Branco, T-347/03
- 619. C.J.U.E., 14 juillet 2005, ThyssenKrupp, aff. jtes C-65/02 P et C-73/02 P
- 620. C.J.U.E., 15 septembre 2005, Irlande/Commission, C-199/03
- 621. C.J.U.E., 15 septembre 2005, Intermodal, C-495/03
- 622. C.J.U.E., 6 octobre 2005, Scott, C-276/03 P
- 623. T.U.E., 6 octobre 2005, Sumitomo Chemical, aff. jtes T-22/02 et T-23/02
- 624. T.U.E., 18 novembre 2005, Selmani (ord.), T-299/04
- 625. C.J.U.E., 22 novembre 2005, Grøngaard et Bang, C-384/02
- 626. C.J.U.E., 24 novembre 2005, Allemagne/Commission, C-506/03
- 627. T.U.E., 29 novembre 2005, Britannia Alloys, T-33/02
- 628. C.J.U.E., 8 décembre 2005, Commission/Luxembourg, C-33/04
- 629. C.J.U.E., 15 décembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04
- 630. C.J.U.E., 10 janvier 2006, Skov, C-402/03
- 631. C.J.U.E., 10 janvier 2006, Commission/Parlement et Conseil, C-178/03
- 632. C.J.U.E., 10 janvier 2006, International Air Transport, C-344/04
- 633. C.J.U.E., 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04
- 634. C.J.U.E., 12 janvier 2006, Commission/Espagne, C-132/04
- 635. C.J.U.E., 21 février 2006, Halifax e.a., C-255/02
- 636. C.J.U.E., 23 février 2006, Atzeni e.a., aff. jtes C-346/03 et C-529/03
- 637. T.U.E., 23 février 2006, Cementbouw Handel & Industrie, T-282/02
- 638. C.J.U.E., 9 mars 2006, Beemsterboer, C-293/04
- 639. C.J.U.E., 14 mars 2006, Commission/France, C-177/04
- 640. C.J.U.E., 16 mars 2006, Kapferer, C-234/04
- 641. C.J.U.E., 16 mars 2006, Emsland-Stärke, C-94/05
- 642. C.J.U.E., 30 mars 2006, Calafiori, C-451/03
- 643. C.J.U.E., 30 mars 2006, Uudenkaupungin kaupunki, C-184/04
- 644. T.U.E., 5 avril 2006, Degussa/Commission, T-279/02
- 645. C.J.U.E., 6 avril 2006, ED & F Man Sugar, C-274/04
- 646. C.J.U.E., 27 avril 2006, Richards, C-423/04,
- 647. C.J.U.E., 27 avril 2006, Commission/Allemagne, C-441/02
- 648. C.J.U.E., 4 mai 2006, Commission/Royaume-Uni, C-508/03
- 649. C.J.U.E., 11 mai 2006, Federation of Technological Industries e.a., C-384/04
- 650. C.J.U.E., 18 mai 2006, Archer Daniels Midland, C-397/03 P

651. C.J.U.E., 30 mai 2006, Parlement/Conseil, aff. jtes C-317/04 et C-318/04
652. T.U.E., 30 mai 2006, Bank Austria, T-198/03
653. C.J.U.E., 1^{er} juin 2006, P&O European Ferries, aff. jtes C-442/03 P et C-471/03 P
654. T.U.E., 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse e.a., aff. jtes T-213/01 et T-214/01
655. C.J.U.E., 8 juin 2006, WWF Italia e.a., C-60/05
656. C.J.U.E., 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo/Italie, C-173/03
657. C.J.U.E., 22 juin 2006, Belgique et Forum 187, aff. jtes C-182/03 et 217/03
658. C.J.U.E., 6 juillet 2006, Kersbergen-Lap et Dams-Schipper, C-154/05
659. C.J.U.E., 11 juillet 2006, Commission/Cresson, C-432/04
660. T.U.E., 14 juillet 2006, Endesa, T-417/05
661. C.J.U.E., 14 septembre 2006, Elmeka, aff. jtes C-181/04 à C-183/04
662. C.J.U.E., 14 septembre 2006, Stradasfalti Srl/Agenzia delle Entrate, C-228/05
663. C.J.U.E., 19 septembre 2006, I-21 Germany et Arcor, aff. jtes C-392/04 et C-422/04
664. C.J.U.E., 21 septembre 2006, JCB Services, C-167/04 P
665. T.U.E., 27 septembre 2006, Jungbunzlauer, T-43/02
666. T.U.E., 27 septembre 2006, Archer Daniels Midland, T-329/01
667. T.U.E., 27 septembre 2006, Lantzoni, T-156/05
668. C.J.U.E., 3 octobre 2006, Bot/Préfet du Val-de-Marne, C-241/05
669. C.J.U.E., 3 octobre 2006, Cadman, C-17/05
670. T.U.E., 3 octobre 2006, Hewlett-Packard, T-313/04
671. C.J.U.E., 4 octobre 2006, Moser Baer India, C-300/03
672. C.J.U.E., 5 octobre 2006, Nadasdi, C-290/05
673. C.J.U.E., 5 octobre 2006, Transalpine Ölleitung e.a., C-368/04
674. T.U.E., 10 octobre 2006, Evropaïki Dynamiki, T-106/05
675. T.U.E., 19 octobre 2006, Buendía Sierra, T-311/04
676. C.J.U.E., 26 octobre 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun, C-248/04
677. C.J.U.E., 26 octobre 2006, Kibler, C-275/05
678. C.J.U.E., 28 novembre 2006, Parlement/Conseil, C-413/04
679. T.U.E., 29 novembre 2006, Campoli/Commission, T-135/05
680. C.J.U.E., 12 décembre 2006, Autosalone Ispra, C-129/06 P
681. T.U.E., 14 décembre 2006, Branco, T-162/04
682. T.U.E., 17 janvier 2007, Grèce/Commission, T-231/04
683. C.J.U.E., 18 janvier 2007, PKK et KNK/Conseil, C-229/05 P
684. C.J.U.E., 18 janvier 2007, Brzeziński, C-313/05
685. C.J.U.E., 18 janvier 2007, Estager, C-359/05
686. C.J.U.E., 25 janvier 2007, Festersen, C-370/05
687. C.J.U.E., 25 janvier 2007, Salzgitter, C-411/04 P

- 688. T.U.E., 7 février 2007, Clotuche, T-339/03
- 689. C.J.U.E., 8 février 2007, Groupe Danone, C-3/06P
- 690. C.J.U.E., 14 février 2007, Simões Dos Santos/OHMI, T-435/04
- 691. C.J.U.E., 1^{er} mars 2007, Jan De Nul, C-391/05
- 692. C.J.U.E., 6 mars 2007, Meilicke e.a., C-292/04
- 693. C.J.U.E., 8 mars 2007, Thomson e.a., aff. jtes C-447/05 et C-448/05
- 694. C.J.U.E., 8 mars 2007, Roquette Frères, C-441/05
- 695. C.J.U.E., 22 mars 2007, Regione Siciliana, C-15/06 P
- 696. C.J.U.E., 17 avril 2007, AGM-COS.MET, C-470/03
- 697. C.J.U.E., 20 avril 2007, TEA-CEGOS et STG (ord.), C-189/06 P
- 698. T.U.E., 24 avril 2007, Koldo Gorostiaga Atxalandabaso (ord.), T-132/06
- 699. C.J.U.E., 26 avril 2007, Alevizos/Oikonomikon, C-392/05
- 700. T.U.E., 30 avril 2007, EnBW Energie Baden-Württemberg AG, T-387/04
- 701. C.J.U.E., 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05
- 702. T.U.E., 3 mai 2007, Freistaat Sachsen/Commission, T-357/02
- 703. T.U.E., 10 mai 2007, Negenman/Commission, T-255/04
- 704. T.U.E., 22 mai 2007, Mebrom NV/Commission, T-216/05
- 705. T.U.E., 22 mai 2007, IIC Informations-Industrie Consulting, T-500/04,
- 706. T.U.E., 6 juin 2007, Angela Davi/Commission, T-433/04
- 707. T.U.E., 7 juin 2007, Industria Masetto Schio (ord.), T-346/06 R
- 708. C.J.U.E., 7 juin 2007, Britannia Alloys/Commission, C-76/06 P
- 709. C.J.U.E., 7 juin 2007, Commission/Grèce, C-178/05
- 710. C.J.U.E., 14 juin 2007, Commission/Italie, C-82/06
- 711. C.J.U.E., 21 juin 2007, Stichting ROM-projecten, C-158/06
- 712. C.J.U.E., 26 juin 2007, OBFG, C-305/05
- 713. T.U.E., 27 juin 2007, Nuova Gela Sviluppo, T-65/04
- 714. C.J.U.E., 5 juillet 2007, Kofoed/Skatteministeriet, C-321/05
- 715. C.J.U.E., 5 juillet 2007, Commission/Belgique, C-522/04
- 716. T.U.E., 11 juillet 2007, Asklepios, T-167/04
- 717. T.U.E., 11 juillet 2007, Schneider Electric, T-351/03
- 718. T.U.E., 11 juillet 2007, Centeno Mediavilla e.a., T-58/05
- 719. C.J.U.E., 12 juillet 2007, Commission/Autriche, C-507/04
- 720. T.U.E., 12 juillet 2007, Eagle/Commission, T-144/02
- 721. T.U.E., 12 juillet 2007, Sanders e.a., T-45/01
- 722. C.J.U.E., 18 juillet 2007, Olicom A/S/Skatteministeriet, C-142/06
- 723. C.J.U.E., 18 juillet 2007, Karatzoglou, C-213/06 P
- 724. C.J.U.E., 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04
- 725. C.J.U.E., 18 juillet 2007, Lucchini Siderurgica SpA, C-119/05
- 726. T.U.E., 19 juillet 2007, FG Marine SA/Commission, T-360/04
- 727. T.U.E., 12 septembre 2007, Koninklijke Friesland Foods, T-348/03
- 728. T.U.E., 12 septembre 2007, González y Díez/Commission, T-25/04

729. T.U.E., 12 septembre 2007, Prym/Commission, T-30/05
730. T.U.E., 12 septembre 2007, Italie et Brandt Italia/Commission, aff. jtes T-239/04 et T-323/04
731. T.U.E., 17 septembre 2007, France/Commission, T-240/04
732. C.J.U.E., 18 septembre 2007, Sellier/Commission (ord.), C-191/07 P
733. T.U.E., 27 septembre 2007, Pelle et Konrad, aff. jtes T-8/95 et T-9/95
734. C.J.U.E., 27 septembre 2007, Commission/Espagne, C-465/06
735. C.J.U.E., 27 septembre 2007, Twoh, C-184/05
736. C.J.U.E., 27 septembre 2007, Teleos e.a., C-409/04
737. C.J.U.E., 18 octobre 2007, Commission/Parlement et Conseil, C-299/05
738. T.U.E., 25 octobre 2007, SP/Commission, aff. jtes T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 et T-98/03
739. C.J.U.E., 25 octobre 2007, Komninou e.a., C-167/06 P
740. C.J.U.E., 25 octobre 2007, Fortum Project, C-240/06
741. T.U.E., 7 novembre 2007, Allemagne/Commission, T-374/04
742. C.J.U.E., 8 novembre 2007, Fratelli Martini et Cargill (ord.), C-421/06
743. C.J.U.E., 8 novembre 2007, Belgique/Commission (ord.), C-242/07 P
744. T.U.E., 15 novembre 2007, Hongrie/Commission, T-310/06
745. T.U.E., 11 décembre 2007, Sack/Commission, T-66/05
746. C.J.U.E., 11 décembre 2007, Skoma-Lux, C-161/06
747. C.J.U.E., 11 décembre 2007, Morris, C-280/06
748. C.J.U.E., 11 décembre 2007, Viking, C-438/05
749. C.J.U.E., 13 décembre 2007, Asda Stores, C-372/06
750. C.J.U.E., 18 décembre 2007, Laval, C-341/05
751. C.J.U.E., 17 janvier 2008, Josefa Velasco Navarro, C-246/06
752. C.J.U.E., 12 février 2008, Kempter, C-2/06
753. C.J.U.E., 12 février 2008, Centre d'exportation du livre français e.a., C-199/06
754. T.U.E., 12 février 2008, BUPA e.a./Commission, T-289/03
755. C.J.U.E., 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., aff. jtes C-383/06 à C-385/06
756. C.J.U.E., 3 avril 2008, Endendijk, C-187/07
757. C.J.U.E., 15 avril 2008, Impact, C-268/06
758. C.J.U.E., 22 avril 2008, Commission/Salzgitter AG, C-408/04 P
759. C.J.U.E., 22 mai 2008, Degussa/Commission et Conseil, C-266/06 P,
760. C.J.U.E., 3 juin 2008, The Queen/Secretary of State for Transport, C-308/06
761. C.J.U.E., 3 juin 2008, Intertanko, C-308/06
762. T.U.E., 26 juin 2008, Alfonsius Alferink e.a., T-94/98
763. T.U.E., 1^{er} juillet 2008, Compagnie maritime belge/Commission, T-276/04
764. T.U.E., 8 juillet 2008, Sviluppo Italia Basilicata/Commission, T-176/06

- 765. C.J.U.E., 17 juillet 2008, Krawczyński, C-426/07
- 766. C.J.U.E., 17 juillet 2008, Brescia/Comune di Rodengo Saiano, C-347/06
- 767. C.J.U.E., 17 juillet 2008, Commission/Cantina e.a., C-51/05 P
- 768. C.J.U.E., 3 septembre 2008, Kadi e.a., aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P
- 769. T.U.E., 9 septembre 2008, Allemagne/Commission, aff. jtes T-349/06, T-371/06, T-14/07, T-15/07 et T-332/07
- 770. C.J.U.E., 16 septembre 2008, Isle of Wight Council e.a., C-288/07
- 771. T.U.E., 18 septembre 2008, Angé Serrano e.a./Commission, T-47/05
- 772. T.U.E., 24 septembre 2008, Kahla, T-20/03
- 773. T.U.E., 8 octobre 2008, Schunk e.a./Commission, T-69/04
- 774. C.J.U.E., 6 novembre 2008, Parlement/Conseil, C-155/07
- 775. T.U.E., 13 novembre 2008, Société des plantations de Mbanga, T-128/05
- 776. C.J.U.E., 18 novembre 2008, Förster, C-158/07
- 777. C.J.U.E., 20 novembre 2008, Heuschen, C-38/07 P
- 778. C.J.U.E., 9 décembre 2008, Commission/France, C-121/07
- 779. C.J.U.E., 11 décembre 2008, Commission/Freistaat Sachsen, C-334/07 P
- 780. C.J.U.E., 16 décembre 2008, Cartesio, C-210/06
- 781. C.J.U.E., 16 décembre 2008, Masdar, C-47/07 P
- 782. C.J.U.E., 18 décembre 2008, Altun, C-337/07
- 783. T.U.E., 18 décembre 2008, Lofaro/Commission, T-293/07 P
- 784. C.J.U.E., 22 décembre 2008, Commission/Italie, C-283/07
- 785. C.J.U.E., 22 décembre 2008, Société Régie Networks, C-333/07
- 786. C.J.U.E., 22 décembre 2008, Centeno Mediavilla e.a., C-443/07 P
- 787. T.U.E., 10 février 2009, Deutsche Post, T-388/03
- 788. C.J.U.E., 12 février 2009, Cobelfret, C-138/07
- 789. C.J.U.E., 10 mars 2009, Heinrich, C-345/06
- 790. C.J.U.E., 19 mars 2009, Commission/Finlande, C-10/08
- 791. C.J.U.E., 19 mars 2009, Mitsui, C-256/07
- 792. C.J.U.E., 19 mars 2009, Archer Daniels Midland, C-510/06 P
- 793. C.J.U.E., 24 mars 2009, Danske Slagterier, C-445/06
- 794. C.J.U.E., 25 mars 2009, Anheuser-Busch, T-191/07
- 795. T.U.E., 25 mars 2009, Alcoa Trasformazioni/Commission, T-332/06
- 796. C.J.U.E., 23 avril 2009, Draka, C-167/08
- 797. C.J.U.E., 23 avril 2009, Commission/Belgique, C-292/07
- 798. C.J.U.E., 23 avril 2009, Falco Privatstiftung et Rabitsch, C-533/07
- 799. C.J.U.E., 23 avril 2009, Kiriaki Angelidak e.a., aff. jtes C-378/07 à C-380/07
- 800. C.J.U.E., 23 avril 2009, Commission/Belgique, C-287/07
- 801. C.J.U.E., 4 juin 2009, Commission/Grèce, C-109/08
- 802. C.J.U.E., 4 juin 2009, SALIX, C-102/08
- 803. C.J.U.E., 11 juin 2009, Nijemeisland, C-170/08

804. T.U.E., 19 juin 2009, Espagne/Commission, T-369/05
805. C.J.U.E., 30 juin 2009, CPEM/Commission, T-444/07
806. T.U.E., 1^{er} juillet 2009, Okalux, T-419/07
807. T.U.E., 1^{er} juillet 2009, ThyssenKrupp/Commission, T-24/07
808. C.J.U.E., 2 juillet 2009, Bavaria et Bavaria Italia, C-343/07
809. C.J.U.E., 7 juillet 2009, Commission/Grèce, C-369/07
810. T.U.E., 9 juillet 2009, Ristic e.a., T-238/07
811. C.J.U.E., 16 juillet 2009, Commission/Schneider Electric, C-440/07 P
812. C.J.U.E., 16 juillet 2009, Commission/Irlande, C-554/07
813. C.J.U.E., 16 juillet 2009, Mono Car Styling SA/Odemis, C-12/08
814. C.J.U.E., 16 juillet 2009, Visciano, C-69/08
815. T.U.E., 3 septembre 2009, Cheminova e.a., T-326/07
816. C.J.U.E., 3 septembre 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08
817. T.U.E., 9 septembre 2009, Diputación Foral de Álava/Commission, aff. jtes T-30/01, T-31/01, T-32/01, T-86/02, T-87/02, T-88/02
818. T.U.E., 9 septembre 2009, Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava, aff. jtes T-230/01 à T-232/01 et T-267/01 à T-269/01
819. C.J.U.E., 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08
820. T.U.E., 10 septembre 2009, Banco Comercial dos Açores, T-75/03
821. T.U.E., 16 septembre 2009, Boudova e.a., T-271/08 P
822. C.J.U.E., 17 septembre 2009, Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P
823. T.U.E., 30 septembre 2009, Pays-Bas/Commission, T-55/07
824. C.J.U.E., 1^{er} octobre 2009, Commission/Conseil, C-370/07
825. C.J.U.E., 1^{er} octobre 2009, Gaz de France, C-247/08
826. C.J.U.E., 6 octobre 2009, Asturcom, C-40/08
827. C.J.U.E., 6 octobre 2009, Commission/Espagne, C-562/07
828. C.J.U.E., 6 octobre 2009, ICF, C-133/08
829. T.U.E., 7 octobre 2009, Vischim, T-380/06
830. C.J.U.E., 15 octobre 2009, Hochtief e.a., C-138/08
831. C.J.U.E., 15 octobre 2009, Audiolux, C-101/08
832. C.J.U.E., 22 octobre 2009, Meerts, C-116/08
833. C.J.U.E., 29 octobre 2009, Pontin, C-63/08
834. C.J.U.E., 29 octobre 2009, NCC Construction Danmark, C-174/08
835. C.J.U.E., 29 octobre 2009, Skatteverket, C-29/08
836. C.J.U.E., 12 novembre 2009, Elektrownia Pątnów II sp. Zoo, C-441/08
837. C.J.U.E., 19 novembre 2009, Sturgeon, aff. jtes C-402-/07 et C-432/07
838. C.J.U.E., 15 décembre 2009, Commission/Italie, C-239/06
839. C.J.U.E., 2 décembre 2009, Adventis Pasteur, C-358/08
840. C.J.U.E., 23 décembre 2009, Spector Photo Group, C-45/08
841. C.J.U.E., 23 décembre 2009, Commission/Irlande, C-455/08
842. C.J.U.E., 14 janvier 2010, Commission/République Tchèque, C-343/08

- 843. C.J.U.E., 14 janvier 2010, Stadt Papenburg, C-226/08
- 844. C.J.U.E., 28 janvier 2010, Uniplex, C-406/08
- 845. C.J.U.E., 28 janvier 2010, Commission/Irlande, C-456/08
- 846. T.U.E., 2 mars 2010, Arcelor, T-16/04
- 847. C.J.U.E., 4 mars 2010, Serrano e.a., C-496/08 P
- 848. C.J.U.E., 11 mars 2010, CELF, C-1/09
- 849. C.J.U.E., 18 mars 2010, Alassini, aff. jtes C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08
- 850. C.J.U.E., 13 avril 2010, Bressol, C-73/08
- 851. T.U.E., 28 avril 2010, Amann, T-446/05
- 852. T.U.E., 12 mai 2010, Bui Van, T-491/08P
- 853. C.J.U.E., 20 mai 2010, Gogos, C-583/08 P
- 854. C.J.U.E., 3 juin 2010, Kalinchev, C-2/09
- 855. C.J.U.E., 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09
- 856. T.U.E., 15 juin 2010, Mediaset, T-177/07
- 857. C.J.U.E., 17 juin 2010, Lafarge, C-413/08 P
- 858. T.U.E., 18 juin 2010, Luxembourg/Commission, T-549/08
- 859. C.J.U.E., 22 juin 2010, Melki, aff. jtes C-188/10 et C-189/10
- 860. C.J.U.E., 24 juin 2010, Sorge, C-98/09
- 861. C.J.U.E., 29 juin 2010, E & F, C-550/09
- 862. C.J.U.E., 1^{er} juillet 2010, Commission/Allemagne, C-442/08
- 863. T.U.E., 1^{er} juillet 2010, ThyssenKrupp, T-62/08
- 864. C.J.U.E., 8 juillet 2010, Afton Chemical Limited, C-343/09
- 865. T.U.E., 8 juillet 2010, Sevenier, T-368/09 P
- 866. C.J.U.E., 15 juillet 2010, Commission/Royaume-Uni, C-582/08
- 867. C.J.U.E., 29 juillet 2010, Brouwer, C-577/08
- 868. C.J.U.E., 8 septembre 2010, Winner Wetten, C-409/06
- 869. T.U.E., 13 septembre 2010, Espagne/Commission, aff. jtes T-156/07 et T-232/07
- 870. C.J.U.E., 14 septembre 2010, Akzo e.a., e C-550/07 P
- 871. C.J.U.E., 7 octobre 2010, Commission/Portugal, C-154/09
- 872. C.J.U.E., 14 octobre 2010, Nuova Agricast, C-67/09 P
- 873. C.J.U.E., 21 octobre 2010, Albron Catering, C-242/09
- 874. C.J.U.E., 21 octobre 2010, Accardo e.a., C-227/09
- 875. C.J.U.E., 28 octobre 2010, SGS Belgium e.a., C-367/09
- 876. C.J.U.E., 9 novembre 2010, Schecke e.a., aff. jtes C-92/09 et C-93/09
- 877. T.U.E., 10 novembre 2010, Simoes Dos Santos, T-260/09 P
- 878. C.J.U.E., 11 novembre 2010, Grootes, C-152/09
- 879. C.J.U.E., 18 novembre 2010, Skatteverket, C-84/09
- 880. C.J.U.E., 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09
- 881. T.U.E., 24 novembre 2010, Marcuccio, T-9/09 P

882. T.U.E., 28 septembre 2010, C-Content BV, T-247/08
883. C.J.U.E., 2 décembre 2010, Agrargut, C-153/09
884. C.J.U.E., 2 décembre 2010, Jakubowska, C-225/09
885. C.J.U.E., 7 décembre 2010, R., C-285/09
886. T.U.E., 15 décembre 2010, Bianchin, T-380/09
887. C.J.U.E., 16 décembre 2010, Athinaïki Techniki, C-362/09 P
888. C.J.U.E., 22 décembre 2010, Bavaria, C-120/08
889. C.J.U.E., 22 décembre 2010, Gowan, C-77/09
890. C.J.U.E., 22 décembre 2010, Bozkurt, C-303/08
891. C.J.U.E., 22 décembre 2010, DEB, C-279/09
892. C.J.U.E., 17 février 2011, Bolton, C-494/09
893. C.J.U.E., 1^{er} mars 2011, Test-Achats ASBL, C-236/09
894. C.J.U.E., 3 mars 2011, Commission/Irlande, C-50/09
895. T.U.E., 3 mars 2011, Areva, aff. jtes T-117/07 et T-121/07
896. C.J.U.E., 8 mars 2011, Lesoochránárske zoskupenie VLK, C-240/09
897. C.J.U.E., 10 mars 2011, Kumpan, C-109/09
898. C.J.U.E., 10 mars 2011, Agencja Wydawnicza Technopol/OHMI, C-51/10 P
899. C.J.U.E., 17 mars 2011, AJD Tuna, C-221/09
900. T.U.E., 24 mars 2011, FRA.BO SpA, T-381/06
901. C.J.U.E., 29 mars 2011, ThyssenKrupp, C-352/09 P
902. C.J.U.E., 29 mars 2011, ArcelorMittal, aff. jtes C-201/09 P et C-216/09 P
903. T.U.E., 31 mars 2011, Italie/CESE, T-117/08
904. C.J.U.E., 7 avril 2011, Sony Supply Chain Solutions, C-153/10
905. C.J.U.E., 7 avril 2011, Grèce/Commission, C-321/09 P
906. C.J.U.E., 28 avril 2010, The Queen/M e.a., C-340/08
907. C.J.U.E., 5 mai 2011, Ze Fu Fleischhandel e.a., aff. jtes C-201/10 et C-202/10
908. C.J.U.E., 5 mai 2011, Hauptzollamt Koblenz, e.a., aff. jtes C-230/09 et C-231/09
909. C.J.U.E., 12 mai 2011, Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09
910. C.J.U.E., 12 mai 2011, Runevič-Vardyn e.a., C-391/09
911. T.U.E., 12 mai 2011, Région Nord-Pas-de-Calais e.a., aff. jtes T-267/08 et T-279/08
912. T.U.E., 17 mai 2011, Arkema France, T-343/08
913. C.J.U.E., 19 mai 2011, Enza Iaia e.a., C-452/09
914. C.J.U.E., 26 mai 2011, Akdas e.a., C-485/07
915. T.U.E., 8 juin 2011, Bamba, T-86/11
916. C.J.U.E., 9 juin 2011, Comitato « Venezia vuole vivere » e.a., aff. jtes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P
917. C.J.U.E., 30 juin 2011, Meilicke, C-262/09

- 918. C.J.U.E., 7 juillet 2011, Nisipeanu e.a., C-263/10
- 919. T.U.E., 12 juillet 2011, Mitsubishi Electric Corp., T-133/07
- 920. T.U.E., 13 juillet 2011, Schindler e.a., T-138/07
- 921. C.J.U.E., 14 juillet 2011, Bureau national interprofessionnel du Cognac, aff. jtes C-4/10 et C-27/10
- 922. C.J.U.E., 21 juillet 2011, Alcoa, C-194/09P
- 923. C.J.U.E., 6 septembre 2011, Patriciello, C-163/10
- 924. C.J.U.E., 8 septembre 2011, Q-Beef e.a., aff. jtes C-89/10 et C-96/10
- 925. T.U.E., 9 septembre 2011, dm-drogerie markt, T-36/09
- 926. T.U.E., 9 septembre 2011, Dow AgroSciences, T-475/07
- 927. T.U.E., 15 septembre 2011, CMB Maschinenbau, T-407/07
- 928. C.J.U.E., 22 septembre 2011, Bell & Ross, C-426/10 P
- 929. C.J.U.E., 29 septembre 2011, Commission/Irlande, C-82/10
- 930. C.J.U.E., 29 septembre 2011, Unal, C-187/10
- 931. T.U.E., 29 septembre 2011, Pologne/Commission, T-4/06
- 932. T.U.E., 5 octobre 2011, Transcatlab, T-39/06
- 933. T.U.E., 18 octobre 2011, Purvis, T-439/09
- 934. T.U.E., 18 octobre 2011, Reisenhel, T-53/10
- 935. C.J.U.E., 27 octobre 2011, Commission/Pologne, C-362/10
- 936. C.J.U.E., 27 octobre 2011, Commission/Pologne, C-311/10
- 937. C.J.U.E., 10 novembre 2011, Commission/Portugal, C-212/09
- 938. C.J.U.E., 15 novembre 2011, Dereci, C-256/11
- 939. T.U.E., 16 novembre 2011, RKW SE, aff. jtes T-55/06 et T-66/06
- 940. T.U.E., 16 novembre 2011, McLoughney, T-484/09
- 941. T.U.E., 22 novembre 2011, mPAY24/OHMI, T-275/10
- 942. T.U.E., 24 novembre 2011, EFIM, T-296/09
- 943. C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, Commission/Pays-Bas, C-157/09
- 944. C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, Painer, C-145/10
- 945. T.U.E., 7 décembre 2011, El Corté Ingles, T-152/10
- 946. C.J.U.E., 8 décembre 2011, France Télécom, C-81/10 P
- 947. C.J.U.E., 8 décembre 2011, KME Germany AG e.a., C-272/09 P
- 948. T.U.E., 14 décembre 2011, Allen, T-433/10 P
- 949. C.J.U.E., 15 décembre 2011, Afasia, C-409/10
- 950. C.J.U.E., 15 décembre 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10,
- 951. C.J.U.E., 21 décembre 2011, Cicala, C-482/10
- 952. C.J.U.E., 21, décembre 2011, Air Transport Association of America, C-366/10
- 953. C.J.U.E., 21 décembre 2011, Vlaamse Oliemaatschappij NV, C-499/10
- 954. T.U.E., 18 janvier 2012, Djebel, T-422/07
- 955. C.J.U.E., 29 janvier 2012, Commission/Pologne, C-192/11
- 956. C.J.U.E., 14 février 2012, Toshiba, C-17/10

957. C.J.U.E., 16 février 2012, Marcello Costa e.a., aff. jtes C-72/10 et C-77/10
958. C.J.U.E., 28 février 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL, C-41/11
959. T.U.E., 28 février 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung, T-282/08
960. C.J.U.E., 8 mars 2012, Commission/Portugal, C-524/10
961. C.J.U.E., 15 mars 2012, Commission/Pologne, C-46/11
962. T.U.E., 15 mars 2012, Ellinika Nafpigeia, T-391/08
963. C.J.U.E., 29 mars 2012, Ufficio IVA di Piacenza, C-500/10
964. T.U.E., 29 mars 2012, Portugal/Commission, T-111/10
965. T.U.E., 29 mars 2012, Espagne/Commission, T-398/07
966. C.J.U.E., 26 avril 2012, Hofmann, C-419/10
967. T.U.E., 27 avril 2012, De Nicola/BEI, T-37/10 P
968. C.J.U.E., 10 mai 2012, Santander, aff. jtes C-338/11 à C-347/11
969. C.J.U.E., 10 mai 2012, Commission/Estonie, C-39/10
970. C.J.U.E., 7 juin 2012, Vinkov, C-27/11
971. C.J.U.E., 14 juin 2012, ANAFE, C-606/10
972. C.J.U.E., 14 juin 2012, CIVAD, C-533/10
973. T.U.E., 19 juin 2012, T-234/11 P, Orlando Arango Jaramillo e.a./BEI
974. T.U.E., 21 juin 2012, Espagne/Commission, aff. jtes T-178/10, T-263/10 et T-265/10
975. C.J.U.E., 26 juin 2012, Commission/Pologne, C-335/09 P
976. C.J.U.E., 28 juin 2012, Caronna, C-7/11
977. C.J.U.E., 5 juillet 2012, SIAT, C-318/10
978. T.U.E., 5 juillet 2012, Grèce/Commission, T-86/08
979. C.J.U.E., 12 juillet 2012, Pimix, C-146/11
980. T.U.E., 12 juillet 2012, Commission/ Nanopoulos, T-308/10 P
981. C.J.U.E., 19 juillet 2012, Reichel-Albert, C-522/10
982. C.J.U.E., 19 juillet 2012, Ains R dlihs, C-263/11
983. C.J.U.E., 6 septembre 2012, Mecsek-Gabona, C-273/11
984. C.J.U.E., 4 octobre 2012, Byankov, C-249/11
985. C.J.U.E., 18 octobre 2012, Commission/République Tchèque, C-37/11
986. C.J.U.E., 18 octobre 2012, Jager, C-402/11 P
987. C.J.U.E., 18 octobre 2012, Pelati, C-603/10
988. C.J.U.E., 18 octobre 2012, Mednis, C-525/11
989. C.J.U.E., 23 octobre 2012, Nelson, aff. jtes C-581/10 et C-629/10
990. C.J.U.E., 25 octobre 2012, Commission/Belgique, C-387/11
991. T.U.E., 21 novembre 2012, Espagne/Commission, T-76/11
992. T.U.E., 29 novembre 2012, Groupement des cartes bancaires « CB », T-491/07
993. T.U.E., 6 décembre 2012, Fuller-Tomlinson, T-390/10 P
994. T.U.E., 6 décembre 2012, Evropaïki Dynamiki, T-167/10
995. C.J.U.E., 11 décembre 2012, Commission/Espagne, C-610/10

LISTE D'ARRÊTS ET DE DÉCISIONS

- 996. T.U.E., 12 décembre 2012, Ecka Granulate e.a., T-400/09
- 997. C.J.U.E., 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11
- 998. C.J.U.E., 13 décembre 2012, Forposta, C-465/11
- 999. C.J.U.E., 13 décembre 2012, BLV Wohn- und Gewerbebau, C-395/11
- 1000. C.J.U.E., 19 décembre 2012, Commission/Irlande, C-279/11



TABLE DES MATIÈRES*

Remerciements	7
Préface de François Ost	9
INTRODUCTION GÉNÉRALE	17

PREMIÈRE PARTIE

LA JURISPRUDENCE ENTRE PROFUSION ET CONFUSION 33

CHAPITRE I

Le discours relatif au principe : itinéraire d'un acte juridique 35

Section 1. — L'édiction de l'acte 37

A. L'adoption de l'acte 37

§ 1. L'acte européen 37

§ 2. L'acte national 41

B. La communication de l'acte 46

§ 1. L'acte européen 46

§ 2. L'acte national 47

C. La modification d'un acte ou d'une situation existante 48

§ 1. Le principe des droits acquis 48

* Les chiffres renvoient aux pages.

§ 2. <i>Le principe de confiance légitime</i>	49
§ 3. <i>La modification à portée générale</i>	52
a) La modification européenne	52
b) La modification nationale	53
§ 4. <i>La modification à portée individuelle</i>	53
a) La modification européenne	53
i. <i>L'acte légal</i>	54
ii. <i>L'acte illégal</i>	54
iii. <i>L'acte inexistant</i>	56
b) La modification nationale	57
 Section 2. — L'application de l'acte	 58
A. Au niveau de l'Union	58
§ 1. <i>La dimension temporelle</i>	59
a) La réglementation nouvelle	59
b) L'action dans un délai raisonnable	67
§ 2. <i>L'application matérielle</i>	69
B. Au niveau national	70
 Section 3. — Le contrôle juridictionnel de l'acte	 71
A. La requête devant la Cour	71
B. La recevabilité du recours	72
§ 1. <i>En droit européen</i>	72
§ 2. <i>En droit national</i>	78
C. L'arrêt	79
§ 1. <i>L'interprétation</i>	79
§ 2. <i>La validité</i>	80
§ 3. <i>La limitation dans le temps des effets des arrêts</i>	81
a) Les recours en annulation	81
b) Les recours préjudiciels	82
i. <i>La décision en interprétation</i>	82
ii. <i>La décision en validité</i>	84

c) Les recours en manquement et en responsabilité extra-contractuelle	86
d) Le droit national	86
§ 4. <i>L'autorité de la chose jugée</i>	87
a) Au niveau européen	87
b) Au niveau national	88
D. L'exécution d'un arrêt	88
E. Les juridictions nationales	89
Conclusion du premier chapitre	91

CHAPITRE II

La pratique du principe : accidents de parcours ou insécurité structurelle ?	93

Section 1. — De la générosité à la parcimonie	94

A. L'édiction de l'acte	95
§ 1. <i>L'adoption de l'acte</i>	95
§ 2. <i>La communication de l'acte</i>	97
§ 3. <i>La modification de l'acte</i>	97
a) Le principe du respect des droits acquis	98
b) Le principe de confiance légitime	100
B. L'application de l'acte	113
§ 1. <i>Le principe de non-rétroactivité</i>	113
§ 2. <i>Le délai raisonnable</i>	121
a) La consécration laborieuse	121
b) La sévérité de la pratique	125
c) La rigueur accrue du discours	130

Section 2. — De la confusion des notions aux contradictions	134

A. Une confusion généralisée	135
B. Le flou juridictionnel	138

§ 1. <i>L'édition de l'acte</i>	139
a) Les exigences très relatives de clarté et précision	139
b) Le principe virtuel de respect des droits acquis	141
c) Le principe peu fiable de confiance légitime	142
<i>i. Des conditions d'application incertaines</i>	142
<i>ii. Des liens complexes avec la sécurité juridique</i>	149
§ 2. <i>L'application de l'acte</i>	152
a) L'aléatoire principe de non-rétroactivité	152
b) L'incertain délai raisonnable	156
§ 3. <i>Le contrôle juridictionnel de l'acte</i>	160
a) La prescription imprévisible	161
<i>i. Les délais européens</i>	161
<i>ii. Les délais nationaux</i>	167
b) L'exception forcée d'illégalité	171
c) L'interprétation impossible	172
d) L'incertain droit transitoire jurisprudentiel	173
<i>i. La limitation dans le temps en question</i>	173
<i>ii. Une portée et des conditions incertaines</i>	176
e) La crise de l'autorité	180
Conclusion du second chapitre	183
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	185

DEUXIÈME PARTIE : HISTOIRE D'UN BESOIN, RÉCIT D'UNE IDÉE

189

CHAPITRE I De l'Antiquité à la modernité : l'émergence des logiques

197

Section 1. — L'Antiquité : retour aux sources

197

Section 2. — Du Moyen-Âge chrétien à la modernité : entre ombre et lumière	205
A. La christianisation et la germanisation (V ^e -XI ^e siècles)	206
B. La renaissance de l'Europe (XII ^e -XVI ^e siècles)	210
§ 1. <i>Mise en contexte</i>	210
§ 2. <i>En droit</i>	213
a) Thomisme v. franciscanisme	214
b) Absolutisme v. pacte social	218
c) Loi divine v. droit de la raison	222
 Section 3. — Le tournant du XVII^e siècle : certitude et confiance	225
A. Mise en contexte	225
B. La révolution scientifique ou la quête de la certitude	228
C. Les théories du contrat social ou le besoin de la confiance	239
 Conclusion du premier chapitre	245
 CHAPITRE II	
Des Lumières à la révolution industrielle : le développement des logiques	251
 Section 1. — Le rationalisme jurnaturaliste du XVIII^e siècle	251
A. Mise en contexte	252
B. En droit	254
C. Les premières failles et la riposte kantienne	265
 Section 2. — Le positivisme historique du XIX^e siècle	271
A. Mise en contexte	271
§ 1. <i>Le contexte historico-politique</i>	271
	717

§ 2. <i>La quête de certitude</i>	272
§ 3. <i>Les failles : le probable, l'histoire et le soupçon</i>	273
B. En droit	278
§ 1. <i>Le positivisme et l'École historique</i>	279
a) Le Code civil français	279
b) Vers le Code civil allemand	284
c) Vers un code anglais ?	290
§ 2. <i>L'État de droit</i>	296
Conclusion du deuxième chapitre	305
 CHAPITRE III	
Du XX^e siècle à nos jours : l'interaction des logiques	311
 Section 1. — De 1900 à 1945 : d'une guerre à l'autre	312
A. Mise en contexte	312
B. En droit	317
§ 1. <i>Le triomphe positiviste et la sécurité juridique</i>	317
a) En Allemagne, de Stammler à Kelsen	318
b) Aux États-Unis, un succès de courte durée	324
§ 2. <i>Les dissidences antipositivistes</i>	326
a) Les dissidences allemandes	326
b) La libre recherche scientifique franco-belge	329
c) Les réalismes américain et scandinave	334
 Section 2. — L'après « guerres » : un monde postmoderne	346
A. La sécurité juridique et les principes généraux du droit	348
§ 1. <i>Sur les terres de Descartes</i>	348
§ 2. <i>Sur les terres du Rechtsstaat</i>	351
B. La théorie du droit dans un monde postmoderne	352
§ 1. <i>Le positivisme en question : Hart vs. Dworkin</i>	352
§ 2. <i>Le droit naturel procédural : Fuller</i>	357

§ 3. <i>Les nouveaux courants</i>	359
a) Les penseurs libéraux	359
b) Les penseurs pragmatiques	362
c) La théorie structurante du droit	366
Conclusion du troisième chapitre	368
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	370
a) La logique politique	370
b) La logique cartésienne	371
c) Les logiques fiduciaire et subjective	382
 TROISIÈME PARTIE :	
DE LA CERTITUDE À LA CONFIANCE	389
 CHAPITRE I	
La sécurité juridique démystifiée (la certitude en question)	393
 Section 1. — Les incertitudes du processus juridictionnel	396
A. <i>Intentio auctoris</i> : à la recherche de l'intention perdue	398
B. <i>Intentio lectoris</i> : l'ambigu statut du lecteur	403
§ 1. <i>Les lecteurs officiels</i>	404
a) Les systèmes de signification et la subjectivité	405
b) Les voies complexes de l'interprétation	406
§ 2. <i>Les lecteurs impliqués ou intéressés</i>	412
C. <i>Intentio operis</i> : le droit en contexte	414
§ 1. <i>Le contexte général</i>	415
§ 2. <i>Le contexte particulier</i>	418
a) Au niveau temporel	419
i. <i>Une décision sans précédent</i>	419
ii. <i>L'évolution au gré des précédents</i>	422
	719

iii. <i>Le revirement de jurisprudence</i>	427
b) Au niveau matériel	428
Section 2. — L'ordre juridique européen	431
A. Un ordre juridique comme les autres	433
§ 1. <i>La dépendance au contexte</i>	434
a) Le poids du passé	434
b) Le poids du présent	443
§ 2. <i>L'imprévisible interprétation européenne</i>	450
B. Un ordre juridique européen... parmi d'autres	455
§ 1. <i>La sécurité juridique dans la jurisprudence strasbourgeoise</i>	455
a) <i>Marckx</i> et ses suites	456
b) <i>Sunday Times</i> et ses suites	459
§ 2. <i>L'incursion des droits fondamentaux dans les Communautés</i>	465
C. Un ordre juridique international pas comme les autres	470
§ 1. <i>Entre l'idéal...</i>	470
§ 2. <i>...et la réalité</i>	474
a) Une structure multiniveaux	474
b) Des normes polys(yst)émiques	478
i. <i>Les actes typiques d'une structure atypique</i>	478
ii. <i>Les actes atypiques ou le soft law</i>	481
c) Des interprètes en réseau	484
d) Des enjeux clandestins	490
i. <i>L'intérêt de l'Union</i>	490
ii. <i>L'équité européenne</i>	495
Section 3. — La potentialité événementielle de l'instance juridictionnelle	496
A. L'événement	497
B. Les principes généraux du droit	501
§ 1. <i>La théorie</i>	501

§ 2. <i>La pratique</i>	504
§ 3. <i>L'abandon de la logique cartésienne</i>	515
Conclusion du premier chapitre	520
 CHAPITRE II	
La sécurité juridique légitimée (ou la confiance comme réponse)	525
 Section 1. — La confiance comme fondement de la sécurité juridique	527
A. L'attente, la confiance et le droit chez Luhmann	527
B. La logique fiduciaire de la sécurité juridique	531
§ 1. <i>Une conception interactionnelle du droit</i>	534
§ 2. <i>Les obligations des sujets de droit</i>	539
§ 3. <i>Les obligations des autorités</i>	541
C. Une prévisibilité relative	545
 Section 2. — Une distinction en question	552
A. Un ordre juridique aux acteurs multiples	552
B. L'idéal démocratique	557
C. Une distinction à dialectiser	563
§ 1. <i>L'effectivité et la logique subjective</i>	563
§ 2. <i>La logique politique et les deux finalités de la logique subjective</i>	565
 Section 3. — La clause de sécurité juridique dans le contrat social européen	568
A. Les obligations des sujets de droit	568
§ 1. <i>La bonne foi</i>	568
§ 2. <i>La diligence</i>	571
	721

B. Les obligations des autorités	573
C. Les douze travaux de la Cour de justice	575
§ 1. <i>Une clarification conceptuelle</i>	576
a) Le principe de confiance légitime : un élément de la sécurité juridique (n° 1)	577
b) Le principe du respect des droits acquis : droit acquis ne profite jamais (n° 2)	582
c) Le principe de non-rétroactivité : lorsque la confiance est trompée (n° 3)	584
d) Le principe de légalité : une notion distincte mais liée (n° 4)	586
e) Le principe du délai raisonnable : différents fondements pour différentes finalités (n° 5)	592
§ 2. <i>Une motivation de circonstance</i>	594
a) Une motivation adéquate : ni trop ni trop peu (n° 6)	597
b) Logique politique v. logique subjective : les particuliers d'abord (n° 7)	600
c) Une motivation transparente : soumettre les mots aux choses (n° 8)	604
§ 3. <i>Un raisonnement construit : une valse à deux temps</i> (n° 9)	607
§ 4. <i>Une « pensée par cas » : dire le droit, faire justice</i>	612
a) Justice et sécurité juridique	613
b) Une rationalité limitée : l'erreur est humaine (n° 10)	618
c) La base de confiance : il faut pouvoir se fier aux apparences (n° 11)	623
d) Une concordance pratique : ménager la chèvre et le chou (n° 12)	625
Conclusion du second chapitre	627
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	630
CONCLUSIONS GÉNÉRALES	633
Liste des abréviations	647
Bibliographie	651
Liste des arrêts et décisions de la CJUE	685

Publications de l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Comité de direction :

P.O. De Broux, R. Gély, F. Ost, L. Van Eynde, Y. Vanderborght

I. Collection générale

1. FONTAINE-DE VISSCHER (Luce), *Phénomène ou structure ? Essai sur le langage chez Merleau-Ponty*, 1974 (épuisé).
2. *Dialogues en sciences humaines*, actes du colloque en l'honneur de Mgr Van Camp, organisé aux Facultés universitaires Saint-Louis les 3-4 mai 1974, 1975 (épuisé).
3. *L'Église et l'État à l'époque contemporaine*, mélanges dédiés à la mémoire de Mgr Aloïs Simon, sous la direction de Gaston Braive et Jacques Lory, 1975 (épuisé).
4. *Mort pour nos péchés. Recherche pluridisciplinaire sur la signification rédemptrice de la mort du Christ*, par Xavier Léon-Dufour, Antoine Vergote, René Bureau et Joseph Moingt, 1976 ; 3^e éd., 1984 (épuisé).
5. *Savoir, faire, espérer : les limites de la raison*, publié à l'occasion du cinquantième de l'École des sciences philosophiques et religieuses et en hommage à Mgr Van Camp, 1976, 2 vol. (épuisé).
6. Hart (H. L. A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove, avec la collaboration de Joëlle van Drooghenbroeck et Raphaël Célis, 1976 (épuisé, voir n° 107).
7. *La Révélation*, par Paul Ricœur, Emmanuel Levinas, Edgar Haulotte, Étienne Cornélis et Claude Geffré, 1977 ; 2^e éd., 1984 (épuisé).
8. LENOBLE-PINSON (Michèle), *Le langage de la chasse. Gibiers et prédateurs. Étude du vocabulaire français de la chasse au xx^e siècle*, 1977.
9. Célis (Raphaël), *L'œuvre et l'imaginaire. Les origines du pouvoir-être créateur*, 1977 (épuisé).
10. *L'Esprit Saint*, par René Laurentin, Paul Beauchamp, Jean Greisch, Roland Sublon et Jean Wolinski, 1978 ; 2^e éd., 1984.
11. FLORENCE (Jean), *L'identification dans la théorie freudienne*, 1978 ; 3^e éd., 2005.
12. *Entreprises en difficulté et initiative publique*, sous la direction de Anne-Marie Kumps, Paul Grand-Jean et Robert Wtterwulge, 1978 (épuisé).
13. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de Michel van de Kerchove, 1978 (épuisé).

14. *L'Église : institution et foi*, par Jean-Louis Monneron, Michel Saudreau, Gérard Defois, Albert-Louis Descamps, Hervé-Marie Legrand et Pierre-André Liégé, 1979 ; 2^e éd., 1984.
15. *La métaphore. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de René Jongen, 1980 (épuisé)
16. LENOBLE (Jacques) et OST (François), *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, 1980 (épuisé).
17. *L'avenir de Bruxelles. Aspects économiques et institutionnels*, sous la direction de Anne-Marie Kumps, Francis Delpérée et Robert Wtterwulge, 1980.
18. *Jésus-Christ, Fils de Dieu*, par Albert Dondeyne, Jean Mouson, Antoine Vergote, Michel Renaud et Adolphe Gesché, 1981 (épuisé).
19. *La loi dans l'éthique chrétienne*, par Morand Kleiber, Michel van de Kerchove, Jean Remy, Pierre-Maurice Bogaert, Jean Gible, Jean Florence et Philippe Weber, 1981.
20. DE WAELEHENS (Alphonse), *Le duc de Saint-Simon. Immuable comme Dieu et d'une suite enragée*, 1981.
21. OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, 1981.
22. *La prière du chrétien*, par Robert Guelluy, Guy Lafon, Pierre-Jean Labarrière, Antoine Vergote et Jean-Pierre Jossua, 1981.
23. GÉRARD (Philippe), *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, 1981 (épuisé).
24. CAUCHIES (Jean-Marie), *La législation princière pour le comté de Hainaut. Ducs de Bourgogne et premiers Habsbourg (1427-1506). Contribution à l'étude des rapports entre gouvernants et gouvernés dans les Pays-Bas à l'aube des temps modernes*, 1982.
25. GÉRARD (Gilbert), *Critique et dialectique. L'itinéraire de Hegel à Iéna (1801-1805)*, 1982.
26. *Droit des consommateurs*, sous la direction de Thierry Bourgoignie et Jean Gillardin, 1982.
27. *Qu'est-ce que l'homme ? Philosophie/psychanalyse – Hommage à Alphonse De Waelhens (1911-1981)*, 1982.
28. *Littérature et musique*, sous la direction de Raphaël Célis, 1982.
29. *Le baptême, entrée dans l'existence chrétienne*, par Albert Houssiau, Julien Ries, Jean Gible et Paul De Clerck, 1983.
30. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, 1983.

31. *Le retour du Christ*, par Charles Perrot, Armand Abécassis, Jean Séguy, Pierre-Jean Labarrière et Bernard Sesboüé, 1983.
32. *Narration et interprétation*, sous la direction de Claudine Gothot-Mersch, Raphaël Célis et René Jongen, 1984.
33. *Qu'est-ce que Dieu ? Philosophie/théologie*, hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson (1929-1983), 1985.
34. *Mélanges de littérature en hommage à Albert Kies*, textes réunis par Claudine Gothot-Mersch et Claude Pichois, 1985.
35. CUPERS (Jean-Louis), *Aldous Huxley et la musique. À la manière de Jean-Sébastien*, 1985.
36. *Aspects de la foi de l'Islam*, par Jacques Berque, Roger Arnaldez, Abdel-Magid Turki, Pierre Lambert, Serge de Laugier de Beaurecueil, Mohamed Arkoun, Ali Merad et Guy Harpigny, 1985.
37. FLORENCE (Jean), *Ouvertures psychanalytiques. Philosophie, art, droit. Psychothérapies*, 1985 ; 2^e éd., 1988 (épuisé).
38. POU CET (Jacques), *Les origines de Rome. Tradition et histoire*, 1985.
39. *Labyrinthe : parcours éthiques*, par Ernst Leonardy, Philippe Lacoue-Labarthe, Paul Ricoeur, Paul Thibaut, Sergio Cotta et Pierre Benoit, 1986.
40. *Péché collectif et responsabilité*, par Pierre Watté, Paul Löwenthal, Jacques Vermeylen, Jean Palsterman, Adolphe Gesché et Ignace Berten, 1986.
41. VAN DE KERCHOVE (Michel), *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, 1987.
42. *Juifs et chrétiens : un vis-à-vis permanent*, par Bernard Dupuy, Gilbert Dahan, Jacques Cazeaux, Guy Petitdemange, Bernard Lauret et Maurice-Ruben Hayoun, 1988.
43. *Le religieux en Occident : pensée des déplacements*, par Jean-Louis Schlegel, Gwendoline Jarczyk, Pierre Colin, Stanislas Breton, Antoine Delzant, 1988.
44. DELAUNOIS (Marcel), *Essai de syntaxe grecque classique*, 1988.
45. *Réincarnation, immortalité, résurrection*, par Louis-Vincent Thomas, Jean-Marie Sevrin, Jacques Scheuer, André Godin, Fernand Brunner, Jean-Louis Chrétien et Pierre Gisél, 1988 (épuisé).
46. *Le mouvement et la forme. Essais sur le changement social en hommage à Maurice Chaumont*, sous la direction de Michel Molitor, Jean Remy et Luc Van Campenhoudt, 1989.
47. *Création et salut*, par Adolphe Gesché, Jacques Demaret, Pierre Gibert, Rémi Bague et Pierre Gisél, 1989.
48. *Belgitude et crise de l'État belge*, actes du colloque organisé par la faculté de droit des Facultés universitaires Saint-Louis le 24 novembre 1988, sous la direction de Hugues Dumont, Christian Franck, François Ost et Jean-Louis De Brouwer, 1989.

49. *Droit et intérêt*. Publié sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, volume 1 : *Approche interdisciplinaire* ; volume 2 : Ost (François), *Entre droit et non-droit : l'intérêt* (épuisé) ; volume 3 : *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, 1990.
50. JACOB (Robert), *Les époux, le seigneur et la cité. Coutume et pratiques matrimoniales des bourgeois et paysans de France du Nord au Moyen Âge*, 1990.
51. *Méthodes d'analyse de contenu et sociologie*, sous la direction de Jean Remy et Danielle Ruquoy, 1990.
52. *Monothéisme et trinité*, par Paul Beauchamp, Boris Bobrinskoy, Étienne Cornélis, Alain de Libera et Christoph Theobald, 1991.
53. BRISART (Robert), *La phénoménologie de Marbourg ou la résurgence métaphysique chez Heidegger à l'époque de Sein und Zeit*, 1991.
54. MAESSCHALCK (Marc), *Raison et pouvoir. Les impasses de la pensée politique postmoderne*, 1992.
55. *Figures du démoniaque, hier et aujourd'hui*, par Jean-Michel Lagrée, Henri Crouzel, Jean-Marie Sevrin, Antoine Vergote, Frédéric Boyer et Christian Duquoc, 1992.
56. *L'individu, le citoyen, le croyant*, par Pierre Colin, Pierre Maraval, Pierre Manent, Michaël Löwy, Jean-Marc Ferry et Jacques Rollet, 1993.
57. *Images et usages de la nature en droit*, sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, 1993.
58. *Entre ville et nature, les sites semi-naturels. Approches sociologique et juridique des sites bruxellois*, sous la direction de François Ost, Jean Remy et Luc Van Campenhoudt, 1993.
59. *Half-natuurlijke gebieden : tussen stad en natuur*, onder leiding van François Ost, Jean Remy en Luc Van Campenhoudt, 1994.
60. *Temps, histoire, espérance. De la vigilance chrétienne en temps de crise*, par Jean-Louis Schlegel, Ugo Perone, André Paul et Jean-Claude Eslin, 1994.
61. *L'évidence du monde. Méthode et empirie de la phénoménologie*, sous la direction de Robert Brisart et Raphaël Célis, 1994.
62. JONGEN (René-Marie), *René Magritte ou la pensée imagée de l'invisible. Réflexions et recherches*, 1994.
63. *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, 1994.
64. MAESSCHALCK (Marc), *Pour une éthique des convictions. Religion et rationalisation du monde vécu*, 1994.
65. *Pardonner*, par Jean Lambert, Françoise Smyth-Florentin, Philibert Secretan, Jean Zumstein et Joseph Moingt, 1994.

66. Gérard (Philippe), *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, 1995.
67. DE TIENNE (André), *L'analytique de la représentation chez Peirce. La genèse de la théorie des catégories*, 1996.
68. DUMONT (Hugues), *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, volume 1 : de 1830 à 1970 ; volume 2 : de 1970 à 1993, 1996.
69. *Le rite, source et ressources*, par René Devisch, Charles Perrot, Liliane Voyé et Louis-Marie Chauvet, 1995.
70. *La voix des phénomènes. Contributions à une phénoménologie du sens et des affects*, sous la direction de Robert Brisart et Raphaël Célis, 1995.
71. *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* sous la direction de François Ost et Serge Gutwirth, 1996.
72. *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, 1996 (épuisé).
73. *La philosophie dans la Cité*, textes réunis par Anne-Marie Dillens, 1997.
74. *Le pénal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (XII^e-XX^e siècles)*, sous la direction de René Lévy et Xavier Rousseaux, 1997.
75. FLORENCE (Jean), *Art et thérapie. Liaison dangereuse ?*, 1997.
76. *Volonté de Dieu, liberté de l'homme*, par Pierre Bogaert, Jean Remy, Marc Maesschalck, Philippe Bacq et Bernard Van Meenen, 1997.
77. *Humanité, humanitaire*, par Olivier Abel, Rony Brauman, Mireille Delmas-Marty, Robert Legros, Ada Neschke, Quentin Wodon, Éric Goemaere, François Ost et Jean Florence, 1998.
78. NANDRIN (Jean-Pierre), *La justice de paix à l'aube de l'indépendance de la Belgique (1832-1848). La professionnalisation d'une fonction judiciaire*, 1998.
79. *Liminaires phénoménologiques. Recherches sur le développement de la théorie de la signification de Husserl*, par Jocelyn Benoist, Robert Brisart et Jacques English, 1998.
80. *Questions au libéralisme*, par Anne-Marie Dillens, Chantal Mouffe, Otfried Höffe, Rudolf Visker, Robert Cobbaut, Robert Castel, Jean-Christophe Merle, 1998.
81. *Magritte au risque de la sémiotique*, sous la direction de Nicole Everaert-Desmedt, 1999.
82. *La littérature : réserve de sens, ouverture de possibles*, sous la direction de Jean Florence et Marie-France Renard, 2000.
83. *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, 2000.

84. TIHON (André), *Christianisme et société, Approches historiques*, recueil d'articles, 2000.
85. *L'Université dans la tourmente*, sous la direction de Anne-Marie Dillens, 2000.
86. *La guerre et l'Europe*, sous la direction de Anne-Marie Dillens, 2001.
87. « *Faire bans, edictz et statuz* » : *légiférer dans la ville médiévale. Sources, objets et acteurs de l'activité législative communale en Occident, ca 1200-1550* actes du colloque international tenu à Bruxelles les 17-20 novembre 1999, sous la direction de Jean-Marie Cauchies et Éric Bousmar, 2001.
88. MAILLARD-LUYPAERT (Monique), *Papauté, clercs et laïcs. Le diocèse de Cambrai à l'épreuve du Grand Schisme d'Occident (1378-1417)*, 2001.
89. *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, sous la direction de François Ost, Laurent Van Eynde, Philippe Gérard et Michel van de Kerchove, 2001 (épuisé).
90. VAN DROOGHENBROECK (Sébastien), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, 2001.
91. *La mystique*, par Paul Verdeyen, Leila Babès, Jacques Maitre, Philippe Lecrivain et Bernard Van Meenen (éd.), 2001.
92. LAZZARINI-DOSSIN (Muriel), *L'impasse du tragique. Pirandello, Valle-Inclan et le « nouveau Théâtre »*, 2002.
93. *Littératures et savoir(s)*, sous la direction de Sophie Klimis et Laurent Van Eynde, 2002.
94. OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, 2002.
95. JONGEN (René), *Variations sur la question langagière*, 2002.
96. *Faust, ou les frontières du savoir*, sous la direction de François Ost et Laurent Van Eynde, 2002.
97. *Autour de l'idolâtrie : figures actuelles de pouvoir et de domination*, par Jean-Pierre Sonnet, Mylène Botbol-Baum, Luce Irigaray, Denis Müller, Yves Ledure, Dominique de Courcelles et Bernard Van Meenen (éd.), 2003.
98. *Le pluralisme des valeurs, entre particulier et universel*, par Anne-Marie Dillens (éd.), Hélé Beji, Rudi Visker, Philippe de Lara, Mark Hunyadi, Jean-Fabien Spitz, Catherine Audard, Nathalie Zaccà-Reyners, Guillaume de Stexhe, 2003.
99. *Qu'est-ce que la religion ?* par Jean Greisch, Nicole Jeammet, Jacques Scheuer, Régine Azria, Bernard Hort et Bernard Van meenen (éd.), 2004.
100. *Le Grotesque. Théorie, généalogie, figures*, sous la direction d'Isabelle Ost, Pierre Piret et Laurent Van Eynde, 2004.

101. VAN DE KERCHOVE (Michel), *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, 2005.
102. *Variations sur Dieu. Langages, silences et pratiques*, sous la direction de François Coppens, 2005.
103. *Flaubert et la théorie littéraire*, en hommage à Claudine Gothot-Mersch, textes réunis par Tanguy Logé et Marie-France Renard, 2005.
104. *Pouvoir et religion*, sous la direction d'Anne-Marie Dillens (éd.), Mohamed Charfi, Malek Chebel, Christian Duquoc, Jean Gueit, Georges C. Liénard, David Meyer, Anne Marie Reijnen, 2005.
105. *La vérité*, sous la direction de Bernard Van Meenen (éd.), Maurice Bellet, Lieven Boeve, Barbara Cassin, Elena di Pedè, Sylvie Germain, 2005.
106. *Mythe et création. Théorie, figures*, sous la direction de Éléonore Faivre d'Arcier, Jean-Pol Madou et Laurent Van Eynde, ouvrage publié avec l'aide du Fonds national de la recherche scientifique, 2005.
107. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par Michel van de Kerchove, 2^e édition augmentée, 2005.
108. *La peur : émotion, passion, raison*, sous la direction d'Anne-Marie Dillens (éd.), Claude Debru, Dominique de Courcelles, Jean-Baptiste de Foucauld, Jean Delumeau, Jean-Pierre Dupuy, François Ewald, Jean Greisch, François Guery, Axel Kahn, Jean-Jacques Roche, Isabelle Sommier, Alain Vanier, 2006.
109. *L'imaginaire selon Castoriadis. Thèmes et enjeux*, sous la direction de Sophie Klimis et Laurent Van Eynde (éd.), *Cahiers Castoriadis* n° 1, 2006.
110. BABISSAGANA (Emmanuel N.), *L'interdit de la torture en procès*, 2006.
111. *Imaginaire et création historique*, sous la direction de Philippe Caumières, Sophie Klimis et Laurent Van Eynde, *Cahiers Castoriadis* n° 2, 2006.
112. *Psyché – de la monade psychique au sujet autonome*, sous la direction de Sophie Klimis et Laurent Van Eynde, *Cahiers Castoriadis* n° 3, 2007.
113. *De l'autorité*, sous la direction de Bernard Van Meenen (éd.) et Floriane Chinsky, Hubert Bost, Bernard Sesboué, Florence Quinche, Jean-Claude Eslin, 2007.
114. *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, sous la direction d'Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel van de Kerchove, Sébastien Van Drooghenbroeck, 2007.
115. GÉRARD (Philippe), *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, 2007.
116. *Le juge de commerce face au droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de Anne Spiritus-Dassesse, Cyril Nourissat et Robert Wtterwulghé, 2007.

117. *La dignité aujourd'hui. Perspectives philosophiques et théologiques*, sous la direction d'Anne-Marie Dillens et Bernard Van Meenen, 2007.
118. OST (Isabelle), *Samuel Beckett et Gilles Deleuze: cartographie de deux parcours d'écriture*, 2008.
119. *Praxis et institution*, sous la direction de Philipe Caumières, Sophie Klimis et Laurent Van Eynde, *Cahiers Castoriadis* n° 4, 2008.
120. *Mondialisation: utopie, fatalité, alternatives ?* sous la direction d'Anne Marie Dillens, 2008.
121. BAILLEUX (Antoine), *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, 2009.
122. *Pour l'amour des mots – Glanures lexicales, dictionnairiques, grammaticales et syntaxiques. Hommage à Michèle Lenoble-Pinson*, textes réunis par Martine Willems, 2008.
123. *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, sous la direction d'Annette Ruelle et Maxime Berlingin, 2009.
124. VAN DE KERCHOVE (Michel), *Sens et non-sens de la peine ? Entre mythe et mystification*, 2009.
125. *Traduction et droits européens: enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur Michel van de Kerchove*, sous la direction d'Antoine Bailleux, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont et François Ost, 2009.
126. *Castoriadis et les grecs*, sous la direction de Sophie Klimis, Philippe Caumières et Laurent Van Eynde, *Cahiers Castoriadis* n° 5, 2010.
127. *Intelligence de la foi et engagement social*, sous la direction de Bernard Van Meenen, 2010.
128. *Affectivité, imaginaire, création sociale*, sous la direction de Raphaël Gély et Laurent Van Eynde, 2010.
129. *Représenter à l'époque contemporaine. Pratiques littéraires, artistiques et philosophiques*, sous la direction d'Isabelle Ost, Pierre Piret et Laurent Van Eynde, 2010.
130. *Translatio in fabula. Enjeux d'une rencontre entre fictions et traductions*, sous la direction de Sophie Klimis, Isabelle Ost et Stéphanie Vanasten, 2010.
131. *Castoriadis et la question de la vérité*, sous la direction de Sophie Klimis, Philippe Caumières, Laurent Van Eynde (éd.), et Angelos Mouzakitis, Arnaud Tomes, Pierre Rush, Pierre Dumesnil, Caterina Réa et Alice Pechriggl, 2010.
132. *Synesthésie et rencontre des arts*, sous la direction de Jean-Louis Cupers, avec la collaboration de Jean-Pierre Nandrin, Sonja Vanderlinden,

- Jan Goris, Corinne d'Anastasi, Paul-Bauduin Michel, Paul Haberman et Daniel Paquette, 2011.
133. *Socialisme ou Barbarie aujourd'hui. Analyses et témoignages*, sous la direction de Sophie Klimis, Philippe Caumières et Laurent Van Eynde (éd.) et Bernard Quiriny, Antoine Chollet, Amparo Vega, Fabien Delmotte, Patrick Marcolini, Daniel Ferrand, Daniel Blanchard, Helen Arnold et Enrique Escobar, 2012.
134. *Le sociologue comme médiateur. Hommage au professeur Luc Van Campenhoudt*, à paraître au printemps 2014.
135. *Les sources du droit revisitées*, volume IV : *La théorie des sources du droit*, sous la direction d'Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, 2012, 1048 p., en co-édition avec les éditions Anthémis : volume 1 : *Les normes internationales et constitutionnelles* ; volume 2 : *Les normes infraconstitutionnelles* et volume 3 : *Les normativités concurrentes*.
136. *Philosophie du western. Image, culture et création*, sous la direction d'Astrid De Munter, Natacha Pfeiffer et Laurent Van Eynde, et la collaboration de Daniel Agacinski, Augustin Dumont, Franck Kausch, Florence Gravas, Laurent Jullier, Jean-Marc Leveratto, Philippe Sabot, Jean-Jacques Melloul et William Bourton, 2012.
137. MARY (Philippe), *Enjeux contemporains de la prison*, 2013, 294 p.
138. *L'autonomie en pratique(S)* sous la direction de Sophie Klimis et Philippe Caumières, avec la collaboration de Stathis Gourgouris, Stéphane Vibert, Alice Canabate, Alice Pechriggl, Julien Dumesnil, Ingerid Straume, Evandoson Paive Ferreira, Arnaud Tomes, Florence Giust-Desprairies et Téofanis Tasis, 2013, 308 p.
139. VAN MEERBEECK (Jérémie), *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE*, 2014, 736 p.

II. Collection « Travaux et recherches »

1. *Alternative Approaches to Time Series Analysis*, proceedings of the 3 Franco-Belgian Meeting of Statisticians held in Rouen (France), november 1982, edited by J. P. Florens, M. Mouchart, J.-P. Raoult et L. Simar, 1984.
2. *Du bon usage de la ville. Utilisateurs et décideurs*, actes du colloque organisé par la faculté des sciences économiques, sociales et politiques des Facultés universitaires Saint-Louis, mars 1984, sous la direction de Anne-Marie Kumps, Jean Remy et Robert Wtterwulge, 1984.

3. BRAIVE (Gaston), *Histoire des Facultés universitaires Saint-Louis. Des origines à 1918*, 1985.
4. *Model Choice*, proceedings of the 4th Franco-Belgian Meeting of Statisticians, november 1983, edited by J.-P. Florens, M. Mouchart, J. P. Raoult et L. Simar, 1985.
5. *La justice sociale en question ?*, contributions à une recherche réalisée par l'Association des dirigeants et cadres chrétiens (ADIC), avec le concours des Facultés universitaires Saint-Louis, 1985 (épuisé).
6. *Malades mentaux : patients ou sujets de droit ?*, sous la direction de Jean Gillardin, 1985 (épuisé).
7. *1884 : un tournant politique en Belgique. De machtswisseling van 1884 in België*, par R. Falter, L. Keunings, E. Lamberts, J. Lory, J. L. Soete, J. Stengers et L. Wils, 1986.
8. *Asymptotic theory for non i.i.d. processes*, proceedings of the 5th Franco-Belgian Meeting of Statisticians, november 1984, edited by J.-P. Florens assisted by M. Mouchart, J.-P. Raoult, J.-M. Rolin et L. Simar, 1986.
9. OST (François) et van de Kerchove (Michel), *Jalons pour une théorie critique du droit*, 1987 (épuisé).
10. *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, sous la direction de Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, 1987.
11. *Spatial processes and spatial time series analysis*, proceedings of the 6th Franco-Belgian Meeting of Statisticians, november 1985, edited by F. Dreesbeke, assisted by J.-P. Florens, M. Hallin, Cl. Lefèvre, M. Mouchart, L. Simar, 1987.
12. ROBAYE (René), *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, 1988.
13. CUPERS (Jean-Louis), *Euterpe et Harpocrate ou le défi littéraire de la musique*, 1988.
14. *Les conflits collectifs en droit du travail*, sous la direction de Jean Gillardin et Pierre Van der Vorst, 1989.
15. *Statuts et responsabilités des édificateurs. L'architecte, l'entrepreneur et le promoteur*, sous la direction de Jean Gillardin, 1989 (épuisé).
16. TANGHE (Fernand), *Le droit au travail entre histoire et utopie. 1789-1848-1889 : de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*, 1989.
17. *La critique historique à l'épreuve. Liber discipulorum Jacques Paquet*, sous la direction de Gaston Braive et Jean-Marie Cauchies, 1989.
18. QUIVY (Raymond), RUQUOY (Danielle) et VAN CAMPENHOUDT (Luc), *Malaise à l'école. Les difficultés de l'action collective*, 1989 (épuisé).

19. *Le placement des mineurs en institution psychiatrique*, sous la direction de Françoise Digneffe, Jean Gillardin, Françoise Tulkens et Michel van de Kerchove, 1990.
20. TERLINDEN (Anne), *Fernando Pessoa : The Bilingual Portuguese Poet. A Critical Study of the Mad Fiddler*, 1990.
21. *Sexual Behaviour and Risks of HIV Infection*, proceedings of an international workshop supported by The European Communities, edited by Michel Hubert, 1990.
22. *L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique ?*, sous la direction du Cedre (Centre d'étude du droit de l'environnement), 1991.
23. *Profils de Jan Patocka*, hommages et documents réunis par Henri Declève, 1992.
24. DE THEUX (Axel), *Le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé*, 1992.
25. VAN EYNDE (Laurent), *L'ontologie acosmique. La crise de la modernité chez Pascal et Heidegger*, 1993 (épuisé).
26. *Le droit des étrangers. Statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux*, sous la direction de Pierre Jadoul et Éric Mignon, 1993.
27. WALKER (Sandra L.), *Environmental Protection versus Trade Liberalization : Finding the Balance. An Examination of the Legality of Environmental Regulation under International Trade Law Regimes*, 1993.
28. *La ville et les femmes en Belgique : Histoire et sociologie*, sous la direction de Éliane Gubin et Jean-Pierre Nandrin, 1993.
29. *L'introduction des écotaxes en droit belge*, sous la direction du CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement), 1994.
30. *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil*, sous la direction de Guy Benoit, Isabelle Brandon et Jean Gillardin, 1994.
31. *L'expertise*, sous la direction de Jean Gillardin et Pierre Jadoul, 1994 (épuisé).
32. *Une santé « chrétienne » ? Recherche interuniversitaire sur l'identité chrétienne des institutions sociales et de santé*, 1995.
33. *Sols contaminés, sols à décontaminer*, sous la direction du CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement, FUSL) et du SERES (Séminaire de droit de l'urbanisme et de l'environnement, UCL), 1996.
34. *Les missions des centres publics d'aide sociale. Questions d'actualité*, sous la direction de Guy Benoît, Henry Funck et Pierre Jadoul, 1996.
35. *Les pratiques de commerce : autour et alentour*, sous la direction de Jean Gillardin et Didier Putzeys, 1997.

36. *Profils de la création*, sous la direction de Boris Libois et Alain Strowel, 1997.
37. *L'autonomie du mineur*, sous la direction de Pierre Jadoul, Jacques Sambon et Benoît Van Keirsbilck, 1998.
38. *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, sous la direction de Hugues Dumont et Alain Strowel, 1998.
39. *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, sous la direction de Benoît Jadot et François Ost, 1999.
40. *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, sous la direction de Anne Devillé et Olivier Paye, 1999.
41. *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement. Approche pluridisciplinaire*, sous la direction de Hugues Dumont et Martine Collin, 1999.
42. *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil. Questions d'actualité*, sous la direction de Pierre Jadoul, 2000.
43. *Voix et voies musulmanes de Belgique*, sous la direction d'Ural Manço, préface d'Albert Martens, 2000.
44. *Attentes sociales et demandes de justice. Les mobilisations blanches et après ?*, sous la direction de Jacques Marquet et Yves Cartuyvels, 2001.
45. *Traces du mesmérisme dans les littératures européennes du XIX^e siècle / Einflüsse des Mesmerismus auf die europäische Literatur des 19. Jahrhunderts*, actes du colloque international organisé les 9 et 10 novembre 1999 / Akten des internationalen Kolloquiums vom 9. und 10. November 1999), sous la direction de Ernst Leonardy, Marie-France Renard, Christian Drösch, Stéphanie Vanasten, 2001.
46. *Mobilités, fluidités... libertés ?*, sous la direction de Bertrand Montulet et Vincent Kaufmann, 2004.
47. *Actualités du droit du crédit à la consommation*, sous la direction de Françoise Domont-Naert et Pierre Jadoul, 2004.
48. *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, sous la direction de Vladimir Martens, 2004.
49. *Le film de famille*, sous la direction de Nathalie Tousignant, 2004
50. *Star Academy : un objet pour les sciences humaines ?*, sous la direction d'Yves Cartuyvels, 2004.
51. *Mobilités et temporalités*, sous la direction de Bertrand Montulet, Michel Hubert, Christophe Jemelin et Serge Schmitz (éd.), 2005.
52. THELEN (Lionel), *L'exil de soi. Sans-abri d'ici et d'ailleurs*, 2006.
53. *Être Mobile. Vécus du temps et usages des modes de transport à Bruxelles*, sous la direction de Bertrand Montulet, Michel Hubert, et Philippe Huynen (éd.), 2007.

54. *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, sous la direction de Yves Cartuyvels, 2008.
55. *La séropositivité: un regard des sciences sociales*, sous la direction de Maguelone Vignes et Olivier Schmitz, 2008.
56. *Le manifeste Conscience africaine (1956) – Élités congolaises et société coloniale. Regards croisés*, études réunies par Nathalie Tousignant, 2009.
57. *Soigner ou punir? Un regard empirique sur la défense sociale en Belgique*, Yves Cartuyvels, Brice Champetier, Anne Wyvekens, avec la collaboration de Michel van de Kerchove, 2010.
58. *Ville et proximité. Approches interdisciplinaires*, sous la direction de Christophe Mincke et Michel Hubert, avec la collaboration de Xavier Wauthy, Ludivine Damay, Olivier Paye, Luc De Meyer, Laurent Van Eynde, Fabrizio Cantelli, Christine Schaut, Nicolas Bernard, Thomas Dawance, et Laurent Lemaire, 2011.
59. *Savoirs experts et profanes dans la construction des problèmes publics*, sous la direction de Ludivine Damay, Benjamin Denis et Denis Duez, 2011.
60. *Développement durable et économie environnementale régionale*, sous la direction de Bertrand Hamaide et Sébastien Brunet, avec la collaboration de Jean-Pierre Revéret, Franck-Dominique Vivien, Martino Nieddu, Romain Debref, Tom Bauler, Julie Parent, Thierry Bréchet, Pierre M. Picard, Mateo Cordier, Jérôme Fabre et Frédéric Caruso, 2012.
61. *JusticeS transitionnelleS. Oser un modèle burundais*, sous le direction d'Anne-Aël Pohu et Emmanuel Klimis, avec la participation de Hélène Morvan, André Guichaoua, Melchior Mukuri, Nairi Arzoumanian-Rumin, Pierre Vincke, Elie Nahimana, Floride Ahitungiye et Françoise Digneffe, 2013.
62. *Droit et Justice en Afrique coloniale. Traditions, productions et réformes*, sous la direction de Bérengère Piret, Charlotte Braillon, Laurence Montel, Pierre-Luc Plasman, avec la participation de Bénédicte Brunet-La-Ruche, Amandine Lauro, Laurent Manière, Florence Renucci, Xavier Rousseaux et Nathalie Tousignant, 2013, 216 p.

III. Collection « Précis »

1. DE THEUX (Axel) et KOVALOVSKY (Imre), *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, 1995 (épuisé).
2. HANARD (Gilbert), *Précis de droit romain*, tome 1. *Notions de base : concept de droit et sujets de droit*, 1997.

CATALOGUE

3. DE THEUX (Axel), KOVALOVSKY (Imre) et Bernard (Nicolas), *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, 2^e édition revue et augmentée, 2000.

Dépôt légal : D/2014/0843/1

Imprimé en Belgique

Maquette & impression **Systeme (D)** – Bruxelles – 02 217 55 55