

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, NOUVELLE RESSOURCE ARGUMENTATIVE

Philippe RAIMBAULT

Volume 110, Number 2, September 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045550ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045550ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

RAIMBAULT, P. (2008). LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, NOUVELLE RESSOURCE ARGUMENTATIVE. *Revue du notariat*, 110(2), 517–543.
<https://doi.org/10.7202/1045550ar>

LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, NOUVELLE RESSOURCE ARGUMENTATIVE

Philippe RAIMBAULT*

1. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, UNE CONTRAINTE SUBIE PAR LE JUGE	523
1.1 Une contrainte issue de l'enchevêtrement des ordres juridiques	523
1.1.1 Un prolongement du contrôle de conventionnalité	523
1.1.2 L'effet de <i>spill over</i>	527
1.2 Une contrainte liée au jeu des autres acteurs juridiques nationaux	529
1.2.1 L'obligation de répondre aux moyens soulevés	530
1.2.2 L'appropriation de la référence par les autorités normatives	532
2. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, UNE CONTRAINTE UTILISÉE PAR LE JUGE	534
2.1 La sécurité juridique, une ressource argumentative	534
2.1.1 La sécurité juridique, réponse à certains besoins stratégiques du juge	534

* Maître de conférences en droit public, Université des Sciences sociales Toulouse I (CRIP-TACIP).

2.1.2	Une réponse au besoin de justification juridique	536
2.2	La sécurité juridique, une contrainte imposée aux autres acteurs	538
2.2.1	La sécurité juridique, une contrainte faible.	538
2.2.2	La nécessité de recourir à des argumentations complémentaires	541

Résumé

Cette communication se propose d'expliquer la multiplication des références à la « sécurité juridique » dans les discours des acteurs juridiques français. Plusieurs modalités d'importation du principe de sécurité juridique devraient ainsi pouvoir être dégagées et évaluées, afin de déterminer le poids des facteurs normatifs, politiques et sociologiques expliquant le succès du principe dans les argumentations juridiques. Ce faisant, les fonctions juridiques et politiques de ces références à la sécurité juridique pourront également être analysées, ce qui devrait permettre de comprendre en quoi cet énoncé constitue une ressource argumentative particulièrement importante, susceptible de servir les stratégies très diversifiées des acteurs juridiques, et donc de susciter un engouement particulièrement vif de leur part.

Si la notion de « sécurité juridique » reste à ce jour encore relativement peu développée au Canada, elle constitue en revanche en France un thème particulièrement à la mode. De fait, si l'expression n'était guère usitée ne serait-ce qu'il y a une décennie, elle s'est désormais largement imposée dans le vocabulaire des juristes nationaux. Depuis lors, les réflexions menées sur ce thème par la doctrine hexagonale se sont multipliées¹, et ce d'autant plus faci-

1. Bernard PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.* (n° spécial du cinquantenaire, *Le droit administratif, des principes fondamentaux à l'effectivité des règles : bilan et perspectives d'un droit en mutation*) 1995.151 ; Moncef KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *Rev. adm.* 1993.538 ; François TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.* 1990.25 et s., n° 24 ; Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* (n° spécial) 1996.178 ; Daniel LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », dans *L'État de droit, Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403 et s. ; Laurence VAPAILLE, « Le principe de sécurité juridique : réalité et avenir en droit administratif français », *LPA*. 1999 (10 août 1999).18, n° 158 ; Jean-Raphaël PELLAS, « Le principe de sécurité juridique en droit fiscal », dans *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 261 et s. ; Manuel DELAMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *A.J.D.A.* 2004.186 ; Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.2002.chr.* 2814 ; R. RICCI, « Les sources normatives du principe de sécurité juridique en droit public économique », *R.I.D.E.* 2000.299 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *R.T.D.C.* 2001.487 ; Y. BENHAMOU, « Cursives remarques sur la sécurité juridique », *L.P.A.* 1996 (3 mai).19, n° 54 ;
(à suivre...)

lement que quelques usages juridictionnels ou législatifs de l'expression sont venus alimenter cet intérêt. À titre d'exemple, la consécration de la sécurité juridique sous forme de principe général du droit interne par le Conseil d'État lui a offert l'an passé un écho particulièrement retentissant². Ainsi, l'expression « sécurité juridique » connaît un certain succès dans les divers discours juridiques, qu'il s'agisse des énoncés juridiques eux-mêmes ou, de manière peut-être encore plus marquée, au sein du méta-discours doctrinal.

C'est précisément cette inflation des références à la « sécurité juridique » qu'il est souhaitable de comprendre, ce qui, d'un point de vue théorique, impose d'analyser les fonctions que remplissent ces énoncés dans les discours juridiques, et plus particulièrement dans l'argumentation juridique. Il ne s'agit donc pas de s'interroger sur l'utilité, parfois débattue, de voir l'exigence consacrée en droit posi-

(...suite)

- Gilles PELISSIER, « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », L.P.A. 1998 (20 février).6, n° 22 ; Patrick HOCREITERE, « Sécurité et insécurité juridiques après la loi Solidarité et renouvellement urbains », R.F.D.A. 2003.141. Consulter également les nombreux rapports et le compte rendu des débats et discussion de la Table ronde *Constitution et sécurité juridique*, organisée à Aix-en-Provence en septembre 1999, A.I.J.C. 1999.71-311, ainsi que les dossiers présentés par Bertrand MATHIEU (dir.), « Le principe de sécurité juridique », C.c.C. (n° 11) 2001.66 et Bernard TEYSSIE, « Sur la sécurité juridique en droit du travail », *Dr. soc.* 2006 (juillet/août).703. S'y ajoutent deux rapports du CONSEIL D'ÉTAT, « De la sécurité juridique », *E.D.C.E.* 1992 ;43.15 (*Rapport public 1991*, Paris, Documentation Française, 1992) ; *Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006*, Paris, Documentation française, 2006, Études et documents, n° 57. Enfin, plusieurs thèses récentes sur le sujet sont à mentionner : Frédéric DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, coll. « Thèses », Paris, L.G.D.J., 1997 ; Frédéric TOUBOUL, *Le principe de sécurité juridique, essai de législation*, Thèse dactyl., Paris XI, 1996 ; Ingrid FOURNOL, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif*, Thèse dactyl., Paris II, 1999 ; Emma BEN MERZOUK, *Le principe de sécurité juridique en droit positif*, Thèse dactyl., Paris II, 2003 ; Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 122, Paris, L.G.D.J., 2005 ; Philippe RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, L.G.D.J., à paraître 2008.
2. Cons. d'Ét. Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 154 ; R.F.D.A. 2006.463, concl. Aguila, p. 483, note « Moderne » ; A.J.D.A. 2006.841, trib. Mathieu, p. 897, trib. Melleray, p. 1028, chr. Landais et Lenica ; R.D.P. 2006.1169, note Camby ; D. 2006.1190. chr. Cassia ; J.C.P. éd. A. 2006.1120, note Belorgey ; *Europe* 2006 (mai).9, note Simon ; R.M.C.U.E. 2006.457, note Chaltiel ; J.C.P. éd. G. 2006.I.150, 1228, note Plessix.

tif³. En effet, seuls nous intéressent ici les motifs de l'apparition et la pérennisation de la référence à la « sécurité juridique » dans le discours des acteurs juridiques.

Dans cette perspective, le juge – qu'il soit administratif, judiciaire ou constitutionnel – apparaît comme un acteur privilégié en ce qu'il est sollicité par tous les autres et se trouve de ce fait souvent confronté à des revendications de « sécurité juridique ». Aussi l'étude de son attitude face aux énoncés évoquant la « sécurité juridique » peut-elle se révéler fructueuse pour comprendre de manière plus générale les raisons qui expliquent l'implantation de la référence dans le droit positif. L'analyse du comportement des juridictions face à cette argumentation juridique devrait en effet permettre de discerner les enjeux juridiques, méthodologiques, stratégiques et politiques que dissimule parfois son emploi.

À cet égard, la description des utilisations par le juge de l'énoncé « sécurité juridique » semble pouvoir être facilitée en recourant à l'outil conceptuel que constituent les « contraintes juridiques »⁴, lesquelles se présentent, en tant que contraintes argumentatives, « comme une condition de possibilité de l'apparition et du développement »⁵ d'un énoncé juridique. L'instrument semble donc particulièrement approprié pour mener à bien ce projet. Encore faut-il en préciser la définition, en s'appuyant pour ce faire sur la modélisation proposée par Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats. Pour ces auteurs, les contraintes juridiques correspondent à des situations factuelles dans lesquelles un acteur du droit voit sa liberté de choix initiale restreinte et se trouve ainsi conduit à adopter un comportement en raison de la configuration du système juridique, configuration à laquelle il n'est du reste pas nécessairement étranger.

Seules les contraintes juridiques qui résultent de l'organisation et du fonctionnement du système juridique sont alors prises en considération, à l'exclusion d'autres types de contraintes tenant à

3. Pour une réflexion de ce type, se reporter à notre « Retour sur la consécration du principe de sécurité juridique dans l'ordre juridique français », *Annales de droit* 2008 ;2.191.

4. Michel TROPER et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », dans V. CHAMPEIL-DESPLATS, Christophe GRZEGORCZYK et M. TROPER (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Economica, 2003.

5. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français », *D.* 1995.chr.327.

des considérations financières, politiques, morales ou même à des relations personnelles ou institutionnelles⁶. Il ne s'agit pas pour autant de nier l'influence de ces divers éléments, mais simplement de prendre en compte les difficultés à les apprécier avec les outils épistémologiques dont disposent les juristes, pour les rejeter du champ de cette théorie, donc de notre étude.

Il reste que, pour être juridique, la contrainte n'en est pas moins une situation de fait, dans la mesure où elle ne résulte pas directement d'une norme qui lie l'acteur⁷. Celui-ci reste donc dans une situation de pouvoir discrétionnaire, mais il voit son choix orienté par l'existence des contraintes. Dès lors, la situation découle finalement de la perception des normes juridiques et des relations qu'elles entretiennent entre elles par les acteurs, la représentation qu'ils construisent influant directement sur leurs comportements, et ce qu'ils aient ou non conscience de céder à une contrainte. À cet égard, il faut préciser que l'usage de cet outil conceptuel suppose que l'acteur soit considéré comme un *homo juridicus* agissant en vertu d'une rationalité juridique spécifique qui le conduit à se comporter stratégiquement, en défendant sa sphère de compétence, son existence institutionnelle et en cherchant à renforcer ses pouvoirs et ses décisions. Dans ces conditions, c'est bien la configuration du système juridique – et notamment l'articulation des compétences entre les différents acteurs –, telle qu'elle est perçue par les acteurs, qui fait naître la contrainte.

Ayant ainsi présenté les instruments – dont l'usage pourra parfois ne pas être totalement orthodoxe au regard de la théorie originale – de l'analyse, il reste à montrer en quoi ils peuvent expliquer l'usage de l'expression « sécurité juridique » par le juge. Or, dans cette optique, ils se révèlent particulièrement féconds, la référence à la « sécurité juridique » correspondant tout d'abord à une contrainte subie par le juge (1), contrainte qu'il sait néanmoins parfaitement s'approprier pour en faire une ressource et contraindre à son tour les autres acteurs (2).

* * *

6. Sur l'influence de ces considérations, se reporter à Bruno LATOUR, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, Découverte, 2002.

7. Pour de plus amples précisions sur la distinction entre obligation et contrainte, se référer à Christophe GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques – essai de reconstruction conceptuelle », dans V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK et M. TROPER (dir.), *op. cit.*, note 4, Paris, Economica, 2003.

1. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, UNE CONTRAINTE SUBIE PAR LE JUGE

Il s'agit tout d'abord d'évoquer les éléments du système juridique qui concourent à créer une contrainte juridique pesant sur le juge interne. Or, à cet égard, deux phénomènes sont à envisager : le premier tient à l'influence des systèmes juridiques européens (1.1.), le second au jeu des divers autres acteurs juridiques nationaux (1.2.).

1.1 Une contrainte issue de l'enchevêtrement des ordres juridiques

C'est désormais un lieu commun que d'évoquer l'internationalisation croissante du droit interne sous l'influence croisée du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette double emprise doit néanmoins être ici évoquée, chacun de ces deux ordres consacrant la sécurité juridique sous forme de principe autonome, lesquels sont donc susceptibles d'être importés dans le droit national par l'entremise du contrôle de conventionnalité (1.1.1.), potentiellement renforcé par un effet de « spill over » (1.1.2.).

1.1.1 Un prolongement du contrôle de conventionnalité

C'est en s'appuyant sur un fonds de principes communs aux systèmes juridiques des États membres de l'Union que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a constitué et nourri la catégorie des principes généraux du droit communautaire. Pour consacrer le principe de sécurité juridique, elle s'est ainsi fondée sur des dispositions des droits néerlandais et surtout allemand, au sein duquel la sécurité juridique trouve ses racines dans l'héritage légué par le droit romain⁸. La Cour de Luxembourg a ainsi très vite pu élever la sécurité juridique au rang de principe⁹, avant d'insister sur son importance en la qualifiant « d'exigence fondamentale »¹⁰. Sa fré-

8. Pour une étude plus complète des sources historiques du principe, voir Dominique SOULAS de RUSSELL et Philippe RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », R.I.D.C. 2003.85, n° 1.

9. CJCE 22 mars 1961, *SNUPAT* c. *Haute Autorité de la CECA*, aff. 42, 49/59, *Rec.*, p. 101, où la Cour énonce « que cette allégation méconnaît que le principe de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue » (p. 159).

10. CJCE 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali* c. *Commission*, aff. 57/69, *Rec.*, p. 934. Pour un point complet sur la question de la sécurité juridique en droit (à suivre...)

quente invocation par les requérants ne lui confère certes pas de définition précise et ses descriptions continuent à s'opérer à travers l'explication de ses nombreuses expressions techniques¹¹, tels par exemple la limitation des délais de recours, la non-rétroactivité des actes, le respect des droits acquis, l'immutabilité des situations juridiques subjectives ou la protection de la confiance légitime. Mais cette utilisation assez habituelle contribue à l'installer parmi les motifs et les argumentations, lui offrant de la sorte une réelle assise juridique en droit positif¹².

Cette progressive intégration en droit communautaire a ensuite induit, ou au moins facilité l'accueil du principe par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a admis la restriction de l'effet rétroactif de ses décisions, en estimant que « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent aux droits de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »¹³. Mais là encore, le principe ne dispose d'aucune définition générale. De la jurisprudence ultérieure, il est néanmoins possible d'inférer un certain nombre de conséquences techniques. C'est ainsi qu'il a permis de fustiger le manque de cohérence et de limpidité du système de publicité des décisions relatives à la protection des sites en France, lequel était « propre à créer un

(...suite)

communautaire, voir le chapitre 6 du très riche ouvrage de Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, vol. II, Bruxelles, Office des publications officielles des Communautés européennes et Bruylant, 1994, p. 913-1232.

11. C'est ainsi que procèdent notamment Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 236 ; Guy ISAAC(†) et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz/Sirey, 2006, p. 253 et 254 ou encore Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 2001, p. 366.
12. Insistant sur la place de ce principe dans la jurisprudence de la Cour, voir J. MERTENS de WILMARS et J. STEENBERGEN, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », dans *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 449 et s.
13. CEDH 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Notice A31 ; A.F.D.I. 1980.317, chr. Pelloux ; C.D.E. 1980.473, chr. Cohen-Jonathan. Cette reconnaissance est d'autant plus importante que certains considèrent que les principes généraux du droit communautaire cèdent peu à peu la place au droit issu de la Convention. Pour un exposé de ce débat et une prise de position nuancée, voir Louis DUBOIS, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? », dans Christian-Albert GARBAR (dir.), *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 77 et s.

état d'insécurité juridique »¹⁴. De même, il autorise à contrecarrer des mesures rétroactives constituant « une ingérence disproportionnée et discriminatoire dans les droits des intéressées »¹⁵ ou encore à condamner un État qui « est intervenu de manière décisive pour orienter en sa faveur l'issue – imminente – de l'instance, déjà fixée au fond en sa défaveur, à laquelle il était partie »¹⁶. Le principe sert également de fondement à l'existence d'une « réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours »¹⁷ et il s'est enfin récemment enrichi d'une dimension de protection de la confiance légitime des individus¹⁸. L'énumération atteste donc que la sécurité juridique recouvre à nouveau les dimensions de stabilité et de prévisibilité normatives.

Cette double reconnaissance en droit européen constitue la principale explication de l'inflation des références à la « sécurité juridique » dans les requêtes, les parties aux litiges sollicitant les juges nationaux dans l'espoir qu'ils consacrent à leur tour un tel principe en droit interne. Devant les juges ordinaires, l'argumentation est d'autant plus pertinente que la supériorité des conventions internationales admise par les célèbres affaires *Jacques Vabres* et *Nicolo*¹⁹ est aujourd'hui étendue à certains actes du droit communautaire dérivé²⁰. Or, c'est précisément l'autoattribution de cette compétence pour contrôler la conventionnalité de certaines mesures nationales qui place désormais les juges internes dans une situation de contrainte. Aussi, la logique supra-nationale ainsi enclenchée pourrait-elle aisément se traduire par l'extension de la primauté

-
14. CEDH, 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle*, n° 12964/87, Notice A253-B.
 15. CEDH 23 octobre 1997, *National & Provincial building society c. Royaume-Uni*, Rec. 1997-VII.
 16. CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski et autres c. France*, Rec. 1999-VII.
 17. CEDH 13 janvier 2000, *Miragall, Escolano et autres c. Espagne*, Rec. 2000-I.
 18. CEDH 15 juin 2006, *Lykourazos c. Grèce*, n° 33554/03, où est sanctionnée l'application rétroactive d'une incompatibilité professionnelle avec un mandat parlementaire.
 19. Cons. d'Ét. Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Cons. d'Ét., n° 108243, où il est reconnu qu'un traité international dispose, en vertu de l'article 55 de la Constitution, d'une valeur supérieure à celle des lois, même postérieures.
 20. Concernant les règlements communautaires : Cons. d'Ét. 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. p. 251 ; A.J.D.A. 1990.863, chr. Honorat et Schwartz ; R.F.D.A. 1991.172, note Dubouis ; L.P.A. 12 octobre 1990, concl. Laroque ; R.G.D.I.P. 1991.964, note Rousseau. Pour les directives communautaires : Cons d'Ét. Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris Fr.* (2 espèces), Rec., p. 80, concl. Laroque ; A.J.D.A. 1992.210, concl. et p. 329, chr. Maugüé et Schwartz ; J.C.P. 1992, n° 21859, note Teboul ; L.P.A. 1992 (10 avril).18, note Celerier ; RFDA 1992.425, note Dubouis.

reconnue aux conventions et actes de droit dérivé aux principes juridiques de l'ordre communautaire, non expressément prévus par les traités originaires, mais dégagés par la Cour de Luxembourg. Certains commissaires du gouvernement ont du reste d'ores et déjà encouragé le Conseil d'État à franchir le pas²¹ sans être pour l'instant suivis. Quelques juridictions inférieures ont quant à elles déjà opté pour cette solution, rendant des décisions remarquées²².

Le fait que la Cour de cassation et le Conseil d'État – même si ce dernier a atténué sa posture en « nationalisant » le principe de sécurité juridique²³ – se montrent réticents et n'admettent l'invocabilité de ces principes que dans le champ d'application du droit communautaire²⁴ ne condamne en rien l'analyse en termes de contrainte, elle en est au contraire confortée. L'attitude de la juridiction administrative montre effectivement que le juge n'est pas soumis à une quelconque obligation juridique, mais qu'il se trouve simplement tenu de prendre en compte cette argumentation, en raison de ses propres compétences juridictionnelles et de l'impossibilité où elles le placent d'ignorer une partie du corpus juridique qu'il est censé appliquer²⁵.

-
21. Le commissaire du gouvernement H. Toutee estime ainsi « qu'il ne s'agit pas d'un revirement, mais plutôt de l'application, non encore clairement énoncée, de votre jurisprudence actuelle. Nous voulons évidemment parler de votre arrêt *Nicolo* », dans la mesure où « l'adhésion au traité comprend l'adhésion à un certain nombre de principes généraux du droit dégagés par la Cour », dans « Conclusions sur CE Ass. 17 février 1995 *Meyet et autres* », A.J.D.A. 1995.224 et 225.
22. Voir par exemple, à propos du principe de proportionnalité : T.A. Caen 8 avril 1997, *SA Périnémedical*, R.F.D.A. 1997.389, note Favret. Cette solution s'est toutefois vue censurée en appel : C.A.A. Nantes 29 décembre 2000, *SA Périnémedical*, Req. n° 97NT00759 ; A.J.D.A. 2001.270, note Millet. De même, concernant le principe de confiance légitime : T.A. Strasbourg 9 avril 1997, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel d'Alsace*, Req. n° 90-1769, D.F. 1997, n° 50, c. 1303, concl. Miet.
23. Cons. d'Ét. Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, précité, note 2.
24. Cons. d'Ét. 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, Rec., p. 516, concl. Bachelier ; D.F. 1995, nos 1 et 9-11, comm. n° 132 et n° 8 ; R.J.F. 1995.1.9, concl., décision n° 132 ; *Europe* 1995.3, n° 95. Le Conseil a encore récemment considéré « que la société requérante ne saurait, en tout état de cause, se prévaloir utilement d'un moyen tiré de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de sécurité juridique dès lors que l'arrêt attaqué n'est pas au nombre des actes pris par le gouvernement français pour la mise en œuvre du droit communautaire » : Cons. d'Ét. Sect. 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud S.A.*, Req. n° 189315 ; A.J.D.A. 1999.96.
25. À cet égard, il faut rappeler que c'est en se fondant sur la jurisprudence CJCE 5 octobre 1988, *Padovani et autres*, aff. 210/87, Rec., p. 6177, que le commissaire (à suivre...)

Ainsi, la contrainte des décisions européennes conduit le juge à se référer à la « sécurité juridique » dans certaines hypothèses, mais leur effet ne se limite pas à cette influence directe. De fait, l'apparition du terme dans la jurisprudence interne crée à son tour, par le jeu d'une « double détente », une contrainte secondaire ou dérivée, notamment en raison de l'effet de *spill over* lié à cette intégration jurisprudentielle.

1.1.2 L'effet de « *spill over* »

Une fois le principe communautaire partiellement intégré dans la jurisprudence interne, il s'applique et devient une ressource pour les divers requérants qui agissent dans le domaine du droit communautaire²⁶. Or, il est loin d'être évident que la dichotomie opérée par le Conseil d'État et la Cour de cassation dans le champ d'application des principes communautaires, et donc de la « sécurité juridique », soit viable et que ces derniers puissent durablement être cantonnés dans cette sphère finalement restreinte. Cette limitation donne en effet naissance à une discrimination, au regard des moyens contentieux que les justiciables sont susceptibles de mettre en œuvre, qui semble difficilement justifiable. Or cette atteinte à l'égalité est mal perçue par des requérants qui ne comprennent pas toujours les raisons de l'impossibilité d'évoquer en droit interne un principe dont ils peuvent arguer en droit communautaire. C'est pourquoi le juge – ou les autorités normatives – corrige souvent ce genre de distinction en rétablissant, au nom de la cohérence du droit, l'unité d'un régime juridique. Le phénomène est notamment identifié en droit anglais sous l'appellation de « *spill over* », le terme désignant l'impossibilité de restreindre une procédure protectrice des citoyens au champ du droit communautaire. Ainsi par exemple, la procédure de sursis à exécution des actes gouvernementaux instituée dans ce domaine en réponse aux condamnations de la CJCE a-t-elle débordé de ce champ initial pour finalement s'appliquer de manière générale.

(...suite)

du gouvernement R. Schwartz a rappelé que « les principes communautaires ne s'appliquent que lorsque est en cause la mise en œuvre de règles communautaires », dans « Conclusions sur CE Section 3 novembre 1995 *M^{me} Velluet et autres* », AJDA 1996.219.

26. Pour des illustrations jurisprudentielles où le principe de sécurité juridique est utilisé par le juge national dans le champ d'application du droit communautaire, voir : Cass. Com. 22 octobre 2002, *Kraft Jacobs Suchard France*, n° 00-10715 ; CAA Bordeaux 15 juillet 1997, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, Req. n° 94BX01801.

Loin d'être typiquement anglais, ce mécanisme correspond à la situation actuelle du juge français face aux revendications fondées sur le principe communautaire de sécurité juridique. En maintenant la dichotomie de son champ d'application, le juge nourrit en effet un sentiment d'inégalité particulièrement mal venu dans un système dont l'égalité reste l'un des énoncés fondamentaux. La contrainte tenant à la nécessaire cohérence jurisprudentielle du juge s'est du reste avérée suffisante pour inciter le Conseil d'État à modifier sa solution. Dans son arrêt *KPMG*, il admet en effet pour la première fois qu'un décret peut être illégal et violer le principe de sécurité juridique faute d'avoir prévu des mesures transitoires pour son application aux contrats en cours. Ce faisant, il consacre le principe de sécurité juridique comme un principe général du droit interne, le faisant « déborder » de son champ d'application habituel. Pour sa part, la Cour de cassation se refuse encore à franchir le pas, mais une évolution ne saurait être totalement exclue dans la mesure où les fondements alternatifs qu'elle lui préfère actuellement pour- ront parfois se révéler difficiles à maintenir²⁷.

Sans s'attarder sur l'existence d'une éventuelle pression doctrinale en ce sens²⁸ qui ne relève pas d'une quelconque contrainte juridique, il faut noter que, par-delà les spécificités communautaires, certains aspects de la jurisprudence interne relative aux princi-

27. À titre d'illustration, la Cour se sert de l'article 6-1 CEDH reconnaissant le droit à un procès équitable pour fonder sa pratique des revirements de jurisprudence prospectifs, ce qui peut poser problème lorsque l'usage de la technique vise à limiter le nombre de recours. Voir sur ce point nos observations, « Retour sur l'adoption du revirement prospectif par le Conseil d'État », *Gaz. Pal.* 2007 (26 et 27 septembre).15.

28. Il se trouve déjà de nombreux auteurs pour encourager « l'avancée jurisprudentielle » que constituerait un contrôle des textes français par rapport aux principes généraux du droit international : O. DEBBASCH, « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit international », dans *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 139 et s. L'auteur considère que « pour le droit non écrit, et notamment pour les principes généraux du droit, le point d'aboutissement est encore loin d'être atteint. Mais, il est comme « programmé » et la détermination des juges paraît le rapprocher très rapidement » (p. 174), puisque « en définitive, les juridictions françaises sont en train de réaliser que les normes d'origine internationale ne sont pas réservées quant à leur application à la société internationale » (p. 178). Voir également la démonstration de Gérard TEBOUL, « Nouvelles réflexions sur le droit international non-écrit dans la jurisprudence du juge administratif et du juge judiciaire français », *R.D.P.* 2001.1109. Concernant plus spécifiquement les principes issus du droit communautaire, consulter notamment L.-V. FERNANDEZ-MAUBLANC, « Juridictions fiscales internes et primauté du droit communautaire », *L.P.A.* 1995.12, n° 123.

pes généraux du droit international renforcent cette contrainte. Certes, le juge administratif se refuse pour l'instant à leur accorder le bénéfice de l'affaire *Nicolo*²⁹, mais il multiplie dans le même temps leurs effets dans le droit interne, admettant leur usage pour résoudre un conflit d'interprétation entre deux traités internationaux³⁰ ou acceptant de s'en servir pour engager la responsabilité de l'État³¹. Là encore, la nécessité de cohérence jurisprudentielle pourrait donc le contraindre à pousser à son terme la logique supranationale qui anime de nombreux arrêts, en affirmant plus largement la prévalence de ces principes. L'évolution pourrait en outre se justifier par une unification jurisprudentielle entre les ordres de juridiction puisque la Cour de cassation accepte pour sa part d'opposer une coutume internationale à l'application d'une loi³². Sans éterniser une démarche prospective toujours incertaine, il faut noter qu'une telle évolution semble correspondre aux souhaits de bon nombre d'acteurs juridiques nationaux.

1.2 Une contrainte liée au jeu des autres acteurs juridiques nationaux

Une fois expliquée l'apparition de la « sécurité juridique » dans la jurisprudence interne grâce aux contraintes émanant des juges européens et de la nécessité de cohérence jurisprudentielle, il convient de comprendre les motifs de pérennisation de ce discours. Pour ce faire, il faut déterminer comment et pourquoi les autres acteurs se saisissent de la référence à la « sécurité juridique », contri-

29. Après avoir dénié le bénéfice de l'article 55 de la Constitution à la coutume internationale – Cons. d'Ét. Ass. 6 juin 1997, *Aquarone, Rec.*, p. 206, concl. Bachelier ; A.J.D.A. 1997.570, chr. Chauvaux et Girardot ; R.F.D.A. 1997.1068, concl. ; D.A. 1997, n° 250, obs. Teboul ; J.C.P. 1997, n° 22945, note Teboul ; J.C.P. 1998.I, n° 125, chr. Petit ; L.P.A. 1998 (février), n° 16, note Martin – le juge a étendu sa solution en considérant qu'aucune disposition constitutionnelle « ne prescrit, ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale ou même un principe général de droit international sur la loi » : Cons. d'Ét. 28 juillet 2000, *M. Paulin*, Req. n° 178834 ; R.G.D.I.P. 2001.246, note Poirat ; D. 2001.412, note Tixier ; D.F. 2001.357, n° 163, concl. Arrighi de Casanova.

30. Cons. d'Ét. 21 avril 2000, *Zaidi*, Req. n° 206902 ; R.F.D.A. 2000.707.

31. Cons. d'Ét. 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin*, Req. n° 142377 ; R.G.D.I.P. 2000.264, note Poirat.

32. Cass. Crim., 13 mars 2001, *Kadhafi*, J.D.I. 2002.804, note Santulli. Dans cette affaire, la Cour, après avoir visé « les principes généraux du droit international », rappelle que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ».

buant à leur tour à renforcer la contrainte qui pousse le juge à user de cet énoncé. À cet égard, deux raisons prépondérantes se dégagent, tirées pour l'une des règles du fonctionnement contentieux des juridictions (1.2.1.), pour l'autre de la constitution progressive de tout un contexte normatif favorable à la diffusion de l'exigence de sécurité juridique (1.2.2.).

1.2.1 L'obligation de répondre aux moyens soulevés

Tout requérant qui saisit un tribunal d'une requête le place dans l'obligation de statuer sur cette dernière, sous peine de commettre un déni de justice, manquement à sa mission juridictionnelle suffisamment grave pour donner lieu à un moyen d'ordre public³³ en appel. Or, la portée de cette obligation doit être précisée afin de déterminer en quoi les règles du contentieux peuvent créer une contrainte argumentative pour le juge saisi. De ce point de vue, il convient de distinguer deux hypothèses.

La première est celle où le juge souhaite rejeter une requête au fond – si un moyen tiré de son irrecevabilité est fondé, il n'est évidemment pas nécessaire de prolonger l'examen en analysant ceux qui sont relatifs au fond – ; cette démarche lui impose alors de justifier sa décision en faisant apparaître le mal-fondé de tous les moyens invoqués par le demandeur, aussi nombreux soient-ils. Ainsi, le juge se trouve alors contraint de répondre, donc d'utiliser le terme, par exemple de « sécurité juridique », même s'il n'a aucunement l'intention d'en faire un élément de son contrôle. Ce faisant, il alimente, sans nécessairement le souhaiter, un classique phénomène « auto-inflationniste »³⁴ puisque les futurs requérants sont toujours conduits à s'appuyer sur la jurisprudence antérieure pour en reprendre les arguments, même lorsque ces derniers n'ont pas convaincu le juge, afin de faire valoir le plus de moyens possible pour obtenir gain de cause. De même, la doctrine ne manque alors pas de commenter l'émergence et la diffusion d'une nouvelle argumentation, contribuant à son tour à sa diffusion et à sa reprise ultérieure. De ce fait, un moyen peut assez facilement essaimer dans le discours juridique, sans que son utilisation ne coïncide avec une volonté de consacrer l'exigence qu'il fait valoir.

33. Cons. d'Ét. 6 octobre 1995, *Hassini, Rec.*, p. 994 ; D.A. 1995, n° 716, obs. L.T.

34. Jean-Pierre PUISSOCHET et Hubert LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », C.c.C. 2001.98, n° 11.

Cette contrainte doit toutefois être relativisée dans les cas où le juge donne satisfaction au demandeur, ses obligations étant alors considérablement restreintes, notamment par le jeu du « principe de l'économie des moyens ». Ce dernier correspond à la faculté reconnue au juge de se limiter, pour fonder sa décision, à faire valoir le bien-fondé d'un seul des moyens – y compris un moyen d'ordre public soulevé de sa propre initiative – normalement le plus éclairant quant à la signification du jugement à rendre. Dans cette situation, le juge n'est alors pas obligé d'offrir un écho aux moyens de la requête. Par définition, ce genre d'hypothèse est difficile à illustrer, seule la connaissance des dossiers ou la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement pouvant révéler l'existence d'un moyen passé sous silence dans la décision rendue.

Ainsi, lors de l'argumentation juridictionnelle qui intervient en réponse aux sollicitations des parties, la référence à la « sécurité juridique » se présente bien comme une contrainte induite par les règles du procès, notamment celles relatives aux compétences des tribunaux. Le juge sait en effet qu'il sera sanctionné par son « supérieur » en appel si la justification de sa décision s'avère insuffisante au regard des nécessités argumentatives qui s'imposent à lui par rapport aux parties.

L'analyse paraît plus appropriée encore concernant le Conseil constitutionnel qui n'est tenu d'aucune obligation à cet égard. Or, sa pratique traduit clairement une certaine réticence à répondre sur le terrain de la sécurité juridique, même lorsqu'il est sollicité en ce sens³⁵. Le Conseil marque notamment sa méfiance à l'égard de cette référence en se contentant de l'évoquer lors du rappel des griefs des requérants³⁶, pour finalement souvent éluder la question. Il procède alors à l'examen d'une éventuelle violation de la Constitution en s'abritant derrière un principe généralement plus technique – par

35. Cette pratique est d'autant plus remarquable que le Conseil a manifesté, notamment depuis 1980 sous l'influence de Vedel, sa volonté d'éviter d'appliquer le principe de l'économie de moyens et de ne pas se contenter de raisonnements elliptiques trop insaisissables. Depuis la même date, ce souci se traduit normalement par la reprise systématique des griefs soulevés par les auteurs de la saisine.

36. Il est même des cas où l'argumentation, fondée sur la sécurité juridique dans la saisine, est reprise en évitant soigneusement l'évocation de ce principe ; pour un exemple de cette attitude, comparer à la saisine des députés lui ayant donné lieu la décision CC 94-348 DC, 3 août 1994, *Rec.*, p. 117 ; J.C.P. 1995.II, n° 22404, note Broussolle ; R.F.D.C. 1994.832, note Gaïa ; D.S. 1995.306 et 411, note Laigre.

exemple la non-rétroactivité des lois³⁷ ou l'intangibilité des droits à retraite liquidés³⁸ – mis en cause par l'intermédiaire de la « sécurité juridique ». La contrainte est ainsi partiellement contournée par la juridiction constitutionnelle, sans que cette dernière puisse toutefois évacuer toute référence à une exigence de plus en plus souvent convoquée par les auteurs des saisines. De manière plus générale, les incitations provenant des requérants contribuent à placer le juge dans une situation de contrainte parfois encore renforcée par le contexte normatif.

1.2.2 L'appropriation de la référence par les autorités normatives

Si les juges se trouvent sollicités par l'imagination parfois fertile des requérants, il est d'autres éléments qu'ils se doivent de prendre en compte dans leurs argumentations, au premier rang desquels figurent évidemment les textes juridiques. Or, ces derniers s'ornent de plus en plus fréquemment d'allusions à une « sécurité juridique » que le législateur ou l'administration placent au cœur de leurs préoccupations. Il ne faut certes pas exclure que ces références relativement nouvelles puissent être le fruit de la lente intégration jurisprudentielle de cet énoncé en droit interne. Cependant, outre que cette éventuelle influence est difficilement mesurable, elle mérite surtout d'être relevée en ce qu'elle peut venir relayer les autres facteurs de contrainte pesant sur les juges en les incitant à prendre en considération la « sécurité juridique » que les textes présentent parfois comme leur objectif. Il convient ici d'insister sur le fait que ce n'est généralement pas sous forme de disposition normative directement applicable que la sécurité juridique est intégrée aux

-
37. Pour des illustrations où l'absence de rétroactivité est opposée à une argumentation formulée en termes de sécurité juridique, voir CC 95-369 DC, 28 décembre 1995, consid. 3-4, *Rec.*, p. 257 ; L.P.A. 1996.4, n° 10, note Collot ; D. 1996.193, chr. Lay ; D. 1997, S.C., n° 17, p. 140, note Mélin-Soucramanien ; R.F.D.C. 1996.119, note Philip ; AJDA 1996.369, chr. Schrameck ; J.C.P. 1996.II, n° 22636, note Nguyen Van Tuong. Consulter également les décisions CC 97-391 DC, 7 novembre 1997, consid. 5-6, *Rec.*, p. 232 ; AJDA 1997.969, note Schoettl ; R.A. 1997.634, n° 300, comm. Meindl ; R.F.D.C. 1998.157, note Philip ; L.P.A. 1998.chr.16, n° 27, chr. Mathieu et Verpeaux ; D. 1999, SC, p. 235, obs. Mélin-Soucramanien ; CC 98-404 DC, 18 décembre 1998, consid. 4-5, *Rec.*, p. 315 ; J.C.P. 1999.II, n° 10046, note Guiheux ; J.C.P. 1999.I, n° 117, note Prétot ; R.F.D.A. 1999.89, note Mathieu ; R.F.D.C. 1999.123, note Mélin-Soucramanien ; D.S. 1999.21, note Pellet ; A.J.D.A. 1999.chr.22, chr. Schoettl.
38. Pour un cas où le Conseil répond directement sur ce principe, sans traiter de la sécurité juridique pourtant invoquée, se reporter à la décision précitée CC 94-348 DC, 3 août 1994.

textes. En effet, elle apparaît plutôt comme disposition dite « non normative », au sein d'un exposé des motifs ou parmi les principes censés orienter l'interprétation du texte, voire seulement dans les travaux préparatoires³⁹. L'intention du législateur ou de l'autorité administrative n'est alors pas d'obliger le juge à appliquer un principe dont le contenu demeure toujours indéfini, mais plutôt de guider sa pratique en proposant une perspective « téléologique » pour orienter l'interprétation juridictionnelle des énoncés. Ces indications textuelles, censées définir « l'esprit » d'une réglementation, se présentent alors comme des contraintes au sens faible du terme. Elles ne peuvent effectivement jouer ce rôle que si un juge d'appel décide de se saisir de ces prescriptions pour contrôler si l'interprétation du texte opérée par les premiers juges est conforme ou compatible avec elles⁴⁰.

Ainsi, l'usage par les juges internes des énoncés relatifs à la « sécurité juridique » correspond à la conjonction de plusieurs contraintes argumentatives, lesquelles proviennent certes en partie des autres acteurs juridiques, tels les juges européens lorsqu'ils produisent des énoncés que les compétences des juges nationaux les conduisent à appliquer. Mais elles s'analysent sous cette forme essentiellement en raison de la nécessité de cohérence jurisprudentielle qui s'impose au juge national s'il veut que sa production juridique demeure compréhensible. Aussi l'étude de l'origine des contraintes argumentatives révèle-t-elle bien qu'elles sont subies par le juge national. Mais, en évoquant l'idée qu'une part d'auto-contrainte n'est pas étrangère à leur apparition, elle permet également d'envisager une véritable utilisation de la contrainte de « sécurité juridique » par le juge. Autant dire que la contrainte se fait dès lors ressource argumentative.

39. Pour un exemple où la « sécurité juridique » est expressément envisagée lors des travaux préparatoires, sans être ensuite évoquée dans le texte normatif, se reporter à l'article L. 600-1 du *Code de l'urbanisme*, tel qu'il résulte de la *Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, J.O. 2 oct. 1994, p. 2271. Ce texte empêche d'invoquer une exception d'illégalité tenant à un vice de forme ou de procédure d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu au-delà d'un délai de six mois.

40. Le Conseil d'État agit de la sorte concernant le texte sus-évoqué, en faisant régulièrement référence à « l'objectif de sécurité juridique poursuivi par la loi » : Cons. d'État. Avis 26 juillet 1996, n° 180373, J.O. 2 oct. 1996, p. 14513 ; Cons. d'État. 3 nov. 1997, *Préfet des Alpes-Maritimes c. Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Req. n° 189228.

2. LA SÉCURITÉ JURIDIQUE, UNE CONTRAINTE UTILISÉE PAR LE JUGE

Bien que la référence à la « sécurité juridique » s'impose initialement à lui par le jeu d'acteurs extérieurs, il n'est pas exclu que le juge puisse en tirer profit pour augmenter son pouvoir. Une telle perspective peut alors expliquer qu'il s'approprie cette contrainte pour s'en servir comme ressource argumentative (2.1.), contribuant ainsi à intégrer la « sécurité juridique » dans le discours du droit positif, en créant à son tour une contrainte pour les autres acteurs (2.2.).

2.1 La sécurité juridique, une ressource argumentative

Plusieurs éléments convergent pour permettre d'envisager la « sécurité juridique » comme une ressource argumentative du juge. En effet, non seulement cette référence répond à ses besoins stratégiques (2.1.1.) en lui permettant de mieux se situer par rapport aux autres juridictions, mais elle s'offre en outre comme un moyen de justification juridique (2.1.2.) particulièrement pratique.

2.1.1 La sécurité juridique, réponse à certains besoins stratégiques du juge

L'analyse stratégique, déjà menée notamment pour expliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴¹, est fondée sur deux postulats selon lesquels « toute institution essaie à la fois de développer sa légitimité, c'est-à-dire son prestige et son autorité, et d'accroître son pouvoir, en d'autres termes sa capacité d'agir et d'empêcher »⁴². Une fois ces axiomes admis, il n'est guère difficile de montrer que la sécurité juridique peut largement contribuer à la réalisation de ces objectifs.

Son utilisation par les juges internes leur permet tout d'abord de se rapprocher, sur un plan terminologique, des cours européennes et de certaines juridictions étrangères, telles par exemple les cours constitutionnelles allemande, espagnole ou portugaise⁴³. Or,

41. Jacques MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, L.G.D.J., 1994.

42. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *loc. cit.*, note 5, 328.

43. Nombreuses sont en effet les cours constitutionnelles européennes qui, suivant l'exemple allemand, se réfèrent à la « sécurité juridique » pour exercer leur (à suivre...)

s'agissant de l'emploi d'un terme dotée d'une forte légitimité axiologique liée à sa proximité avec l'État de droit qui le pare de toutes les vertus protectrices pour les citoyens⁴⁴, il y a là un bénéfice symbolique essentiel. Mais les avantages à attendre de l'appropriation de la référence ne sont pas circonscrits au domaine du symbolique, et ils s'inscrivent également comme des enjeux de pouvoir entre les différentes juridictions.

En effet, dans une période où le juge se veut protecteur des libertés, l'intégration dans sa jurisprudence d'une référence comme la « sécurité juridique » lui permet de se présenter comme étant particulièrement en pointe dans ce combat. À l'inverse, dans un contexte sinon de « guerre de juges », du moins de concurrence larvée entre des juridictions toutes désireuses d'incarner plus et mieux que les autres la défense du Droit dans l'imaginaire collectif⁴⁵, une fois l'expression intégrée par une juridiction, il est difficile aux autres juges de lui laisser le monopole de cette référence, sous peine cette fois d'apparaître « en retard ». Cette analyse ne vaut du reste pas que dans un contexte international, et peut expliquer la diffusion de la « sécurité juridique » dans le discours des juges internes, et notamment du Conseil constitutionnel. De fait, alors que ce dernier feignait d'ignorer le terme « sécurité juridique », apparu dans des saisines dès les années 80, il a peu à peu cessé de l'éluder – au point de le consacrer implicitement aux yeux de certains⁴⁶ – dans ses réponses au cours de la décennie 90, en une période où les effets du contrôle de conventionnalité pouvaient lui faire craindre que les juges ordinaires ne le « débordent », en s'en saisissant avant lui.

(...suite)

contrôle, même si elles divergent parfois quant au fondement à attribuer au principe. Pour de plus amples précisions, se référer aux différents rapports nationaux et au compte rendu des débats et discussion de la Table ronde *Constitution et sécurité juridique*, précitée, note 1, p. 71.

44. Encore faut-il préciser que cette « vertu protectrice » du principe peut s'avérer trompeuse et se traduire en fait par des restrictions aux libertés. Certains auteurs le rappellent bien, en envisageant la nécessité d'une certaine insécurité, tel Antoine MAZEAUD, « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Droit social* 2006 (juillet).744.
45. Denys de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution*) », R.F.D.A. 1998.238.
46. Bertrand MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », C.c.C. 2001.111, n° 11 ; A.-L. VALEMBOSIS, *op. cit.*, note 1.

Ainsi, l'analyse stratégique fait apparaître une sorte de contrainte mimétique⁴⁷ qui demeure néanmoins juridique, en ce que, même si elle résulte d'une démarche stratégique, cette dernière est rendue possible par la répartition des compétences entre les diverses juridictions en concurrence. L'imbrication entre la recherche de légitimité et la quête d'extension des pouvoirs des juges est ici totale, l'une justifiant l'autre. Un phénomène analogue est d'ailleurs perceptible lorsque, délaissant les motifs d'ordre stratégique, l'analyse porte sur leur « habillage » juridique en rappelant que le discours relatif à la « sécurité juridique » répond à un besoin d'argumentation juridique.

2.1.2 Une réponse au besoin de justification juridique

Si des considérations stratégiques peuvent expliquer le recours à l'argument « sécurité juridique », elles ne sauraient évidemment apparaître en tant que telles dans le discours du juge. De fait, pas plus qu'il ne peut faire appel à l'équité pour résoudre un litige, ce dernier ne saurait fonder ses solutions sur ses propres intérêts institutionnels. De ce point de vue, l'énoncé « sécurité juridique » répond au besoin de justification juridique au sens strict du terme, c'est-à-dire à la nécessité de trouver un fondement normatif, un argument juridique susceptible de permettre au juge de valider ou d'invalider une norme inférieure⁴⁸. Il ne s'agit donc plus de se placer dans le *context of discovery* pour décrire le processus par lequel le juge parvient à une décision, mais au contraire dans le *context of justification* qui correspond aux motifs invoqués pour justifier la décision.

Or, la « sécurité juridique » se présente justement comme l'une de ces justifications, susceptible d'être présentée comme juridique, tout en servant les intérêts institutionnels de la juridiction comme, par exemple, lorsqu'elle permet au juge de se faire administrateur⁴⁹.

47. Le mimétisme se définit comme la propriété – que possèdent certaines espèces animales pour se protéger – de se rendre semblable par l'apparence au milieu environnant, à un être de ce milieu, à un individu d'une espèce mieux protégée ou moins redoutée. Par extension, le terme désigne parfois un processus d'imitation.

48. Pour une démonstration très convaincante de la fonction remplie sur ce plan par les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », consulter Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, coll. « Droit public positif », Paris, Economica, 2001, p. 159.

49. Voir en ce sens la démonstration lors de ce colloque de Florence CROUZATIER-DURAND, « La dialectique de la sécurité juridique et de la sécurité ».

Elle correspond en effet aux exigences définies par Michel Troper, pour qui « une justification proprement juridique [...] devrait, pour être efficace, [...] ne pas se présenter comme une justification, mais comme l'indication des motifs de la décision [...] ; montrer que celle-ci a été prise par référence non aux conséquences ou à des principes moraux ou politiques, mais à des règles juridiques [et] qu'elle en découle »⁵⁰. De fait, la sécurité juridique est précisément un principe juridique potentiellement invocable dans le cadre d'un contentieux qui peut découler expressément d'un texte par exemple constitutionnel⁵¹, ou résulter de principes plus ou moins diffus dans l'ordre juridique, tel l'État de droit⁵². Elle présente donc toutes les caractéristiques du motif juridique découlant de règles de même nature, et permet ainsi de satisfaire de manière particulièrement aisée vu l'indétermination du principe, l'exigence de justification juridique de la décision.

Le juge a donc intérêt à recourir à la sécurité juridique puisque cette dernière lui offrira la caution d'un principe juridique auréolé d'une représentation « protectrice » pour fonder des solutions aussi variées que la définition de la sécurité juridique est imprécise⁵³. Au plan théorique, il faut toutefois remarquer que la variété même des solutions possibles montre l'imperfection de la justification, voire peut-être l'impasse qui consiste à rechercher des justifications proprement juridiques dès lors que l'interprétation juridique est considérée comme un acte de volonté... L'énoncé « sécurité juridique » n'en conserve pas moins une possible efficacité pratique qui peut expliquer que le juge souhaite intégrer cette référence à son arsenal juridique. La marge de manœuvre que lui confère son pouvoir d'interprétation à propos d'un tel terme l'incite effectivement à en faire l'un des instruments de son contrôle, afin de pouvoir contraindre à son tour les autres acteurs juridiques.

50. Michel TROPER, « Service public et justification en droit », dans Antoine LYON-CAEN et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 145.

51. Tel est notamment le cas en Espagne, où l'article 9-3 de la Constitution du 27 décembre 1978 dispose que « la Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non-rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui ne restreignent pas des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part ».

52. Ce principe constitue notamment la source de la « sécurité juridique » selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande.

53. L'analogie avec la démonstration de V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, note 48, p. 165-195 – qui insiste, à propos des PFRLR, sur « les ressources argumentatives d'une catégorie constitutionnelle ouverte » peut ici encore être envisagée.

2.2 La sécurité juridique, une contrainte imposée aux autres acteurs

Si le juge adopte la « sécurité juridique » dans son discours pour renforcer ses pouvoirs et sa légitimité à l'égard des autres juridictions, il peut également l'utiliser en vue de contraindre les autres acteurs juridiques. De ce point de vue, la référence apparaît toutefois comme une contrainte faible (2.2.1), insuffisante à elle seule pour fonder les solutions jurisprudentielles, ce qui implique donc de recourir à des argumentations complémentaires (2.2.2).

2.2.1 La sécurité juridique, une contrainte faible

Si l'intégration de la « sécurité juridique » au discours juridictionnel est le fruit de contraintes convergentes, il est en revanche plus délicat de déterminer l'effet exact de ces contraintes sur le « statut » de ce discours. En l'état actuel des décisions nationales, la sécurité juridique se trouve en effet partiellement employée comme une véritable norme juridique – dans le champ du droit administratif et du droit communautaire – mais ne se voit cependant pas encore reconnaître ce « statut » dans tous les domaines. La jurisprudence constitutionnelle traduit par exemple les réticences du Conseil à procéder à cette consécration, hésitations du reste relayées par une partie de la doctrine pour qui « le terme de sécurité juridique a un contenu trop large et trop vague pour pouvoir être proclamé comme une norme constitutionnelle »⁵⁴.

Cette incertitude n'empêche toutefois pas le discours juridictionnel portant sur la « sécurité juridique » de créer à son tour des contraintes pour les acteurs juridiques dans la mesure où l'ordre juridique doit demeurer cohérent pour être efficace. Or, dans ces conditions, il paraît difficile pour l'administration ou les protagonistes de l'ordre juridique national d'ignorer un énoncé qui, même s'il n'est pas toujours utilisé comme une norme leur imposant des obligations, est employé par le juge pour fonder certaines de ses solutions. La jurisprudence possède donc un effet d'incitation qui conduit les différentes autorités normatives à se saisir du terme pour montrer qu'elles intègrent les préoccupations du juge dans leurs textes. Ce faisant, par le jeu d'une logique circulaire, elles renforcent alors la contrainte pesant sur le juge en guidant son interprétation de manière à ce qu'il tienne compte de la sécurité juri-

54. Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, p. 914.

dique. Ainsi par exemple, outre les quelques illustrations déjà évoquées (cf. 1.2.2), la prise en considération de l'une des composantes les plus originales de la sécurité juridique qu'est la protection de la confiance légitime illustre bien ce phénomène. Ce principe, qui répond à la nécessité de maintenir la stabilité et la prévisibilité du contexte juridique dans lequel évoluent les administrés, se concrétise en une obligation pour les pouvoirs publics de protéger « sauf intérêt public impérieux contraire, les attentes fondées des personnes privées qu'ils ont fait naître – par un acte ou une action antérieure, même illégaux –, sous peine de sanction par le juge »⁵⁵. Sont ainsi entre autres visés les changements de réglementation brutaux ou inattendus qui portent atteinte aux attentes légitimes des citoyens. Or, en dépit de fluctuations jurisprudentielles quant à sa réception par le juge administratif⁵⁶ et de son rejet explicite par le Conseil constitutionnel⁵⁷, la préoccupation de protéger les citoyens des changements brutaux de législation essaime dans les textes. Ainsi, le principe se trouve-t-il implicitement consacré à travers l'extension du domaine de l'article L. 80-A du Livre des procédures fiscales qui permet aux contribuables de se prévaloir de la doctrine administrative, même illégale⁵⁸ ou par l'entremise de législations

55. Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2001, p. 31.

56. Pour de plus amples précisions sur l'attitude traditionnelle de la juridiction administrative à l'égard de ce principe, se reporter à Philippe RAIMBAULT, « Le juge administratif et la confiance légitime : l'affaire *Freytmuth* ou beaucoup de bruit pour rien... ! », R.R.J. 2003-1.409 et s.

57. Le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement peu accueillant à l'égard de ce principe, en niant par deux fois l'existence en tant que norme constitutionnelle d'« un principe dit de « confiance légitime » » : CC 96-385 DC, 30 décembre 1996, consid. 18, *Rec.*, p. 145 ; R.D.P. 1997.289, note Luchaire ; L.P.A. 1997.5, n° 29, note Mathieu ; R.T.D.C. 1997.412 et 416, notes Hauser et Mestre ; R.F.D.C. 1997.119, note Philip ; A.J.D.A. 1997.chr.161, chr. Schrammeck ; L.P.A. 1997.5, n° 7, note Zarka ; CC 97-391 DC, 7 novembre 1997, précité, art. 37, consid. 6.

58. Pour des précisions sur ce mécanisme et ses implications, voir J.-R. PELLAS, *loc. cit.*, note 1, 261 et s. ; J. TUROT, « La vraie nature de la garantie contre les changements de doctrine », R.J.F. 1992.371 et s. ; Sophie RAIMBAULT DE FONTAINES, « Pour une protection rénovée de la confiance légitime en droit fiscal », R.F.F.P. 1999.227 et s. ; F. DOUET, *op. cit.*, note 1, p. 173-189 et 206-233 ; Laurence VAPAILLE, *La doctrine administrative fiscale*, Paris, Harmattan, 1999, p. 182-218 ; S. CALMES, *op. cit.*, note 55, p. 596-610. Il est à noter que le mécanisme est désormais repris par l'*Ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales*, J.O. 7 juin 2005, p. 10027, qui permet d'opposer à ces organismes la doctrine administrative du ministère de l'action sociale.

spécifiques qui intègrent au processus décisionnel le souci de préserver l'environnement juridique des acteurs économiques, en aménageant des dispositions transitoires⁵⁹. La multiplication de ces dispositions textuelles en une période qui correspond au développement jurisprudentiel du principe⁶⁰ montre bien que l'inflation de références dans le discours du juge n'est pas sans contraindre les autres acteurs du système juridique.

Pour autant, la contrainte en cause demeure ici relativement faible dans la mesure où elle résulte essentiellement de la nécessité de cohérence de l'ordre juridique. L'exercice des compétences des autorités normatives n'est ainsi guère altéré par les interventions juridictionnelles, dans le sens où ces dernières interviennent plus pour censurer des dispositions que pour exiger positivement leur édicition. En effet, si les juges peuvent sanctionner un texte ou une pratique contraire à la sécurité juridique, ils ne sauraient pour autant imposer une procédure ou un résultat précis par le seul biais d'une référence à la « sécurité juridique ». Ici, c'est finalement l'indétermination de l'expression qui en faisait la force en tant qu'argumentation juridique (cf. 2.1.2) qui se retourne contre elle pour en constituer la principale faiblesse. De fait, puisque la sécurité juridique permet au juge de justifier des solutions extrêmement variées, voire parfois contradictoires⁶¹, sa mention dans une déci-

59. Voir à titre d'exemples la *Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau*, J.O. 4 janv. 1992, p. 187 ou encore la *Loi n° 93-3 du 4 janvier 1993 relative aux carrières*, J.O. 4 janv. 1993, p. 233.

60. La consécration du principe de sécurité juridique par le juge administratif dans l'arrêt *KPMG* s'est opérée à propos d'une situation qui correspond à la protection de la confiance légitime, puisqu'il s'agissait d'imposer des obligations de réglementation transitoire pour ne pas affecter les contrats en cours. Les quelques espèces qui ont par la suite utilisé le principe prolongent d'ailleurs cette logique de développement du droit transitoire, qu'il s'agisse de limiter dans le temps les conséquences des décisions contentieuses (CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*, Req. n° 260767 ; R.F.D.A. 2007.265, concl. Sénens ; J.C.P. éd. A. 2007.2001, note Melleray ; L.P.A. 2007.3, n° 1-2, note Chaltiel), d'imposer une réglementation transitoire aux actes unilatéraux (Cons. d'Ét. Sect. 13 décembre 2006, *M^{me} Lacroix*, Req. n° 274545 ; R.F.D.A. 2007.6, concl. Guyomar, p. 275, note Eveillard) ou encore d'adopter la technique du revirement de jurisprudence prospectif (Cons. d'Ét. Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, Req. n° 291545 ; L.P.A. 24 juil. 2007.9, n° 147, note M. Gaudemet ; A.J.D.A. 2007.chr.1577, chr. Lenica et Boucher ; L.P.A. 21 août 2007.3, n° 167, note Chaltiel ; *Gaz. Pal.* 2007(26 et 27 septembre).10, note Raimbault).

61. Il en va notamment ainsi en matière de validation législative, où la sécurité juridique peut être utilisée à la fois comme élément justificatif de l'intervention du législateur et comme facteur de limitation de cette dernière. L'illustration (à suivre...)

sion ne saurait être perçue par les autres acteurs comme les contraignant à adopter un comportement particulier⁶². La faiblesse de la contrainte est donc patente et renvoie en outre à l'étonnant paradoxe d'une référence à la « sécurité juridique » fournissant elle-même peu de sécurité juridique dans son utilisation contentieuse puisque ses effets sont difficilement prévisibles. L'insuffisance qui affleure ainsi permet alors d'expliquer la nécessité pour les acteurs juridiques de recourir à des argumentations complémentaires.

2.2.2 La nécessité de recourir à des argumentations complémentaires

L'ultime contrainte que fait naître l'usage juridictionnel de la « sécurité juridique » provient donc de l'insuffisance de cette argumentation et de l'impossibilité de fonder sur elle seule une justification juridique pour les solutions adoptées. Les juges eux-mêmes sont du reste parfaitement conscients de ce problème puisque, plutôt que de s'appuyer directement sur la référence à la « sécurité juridique », ils préfèrent souvent se référer à ses composantes techniques, telles la non-rétroactivité ou la protection des droits acquis. Cette démarche peut évidemment être suivie par les requérants qui, par effet d'imitation, privilégieront eux aussi les principes techniques pour fonder leurs recours.

Mais ce n'est pas là l'unique effet de cette insuffisance qui semble également pouvoir expliquer une part du traitement doctrinal réservé à la sécurité juridique. Certains auteurs militent effectivement pour son intégration en droit interne, et ce directement au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, proposant parfois

(...suite)

topique à cet égard est la validation de certains concours de recrutement dans la fonction publique, indispensable pour sauvegarder la sécurité juridique d'agents qui se sont légitimement crus régulièrement nommés et qui voient leur statut remis en cause en raison d'une illégalité qui ne leur est nullement imputable. Or, dans le même temps, le caractère rétroactif d'une telle intervention constitue en lui-même une atteinte à la sécurité juridique de certains justiciables, et notamment des requérants qui ont obtenu l'annulation juridictionnelle du concours.

62. Les multiples questionnements imposés par l'arrêt *KPMG* en témoignent : l'étendue de l'obligation de réglementation transitoire imposée au pouvoir normatif ne pouvait être définie à la lecture de cet arrêt et il a fallu attendre les précisions apportées par l'arrêt *M^{me} Lacroix* pour en savoir plus, sans pour autant que toutes les incertitudes soient levées.

même de la parer de l'auréole d'un droit fondamental⁶³. Ce comportement correspond certes à une réclamation politique, mais il reste le fruit d'une contrainte juridique en ce qu'il est issu d'un raisonnement fondé sur des énoncés juridiques, plus exactement des relations établies dans le discours entre des notions juridiques. Or, l'appel à la constitutionnalisation ou à l'argumentation en termes de « fondamentalité » montre justement la nécessité de conférer à la sécurité juridique une dimension juridique supérieure, et finalement de compléter l'argumentation qu'elle constitue en la dotant d'un caractère protecteur plus étendu.

Ce mouvement illustre alors plus généralement la perpétuelle fuite en avant vers de nouveaux méta-arguments qui anime la démarche de justification juridique⁶⁴. Sur ce plan, le recours à l'argument de la « sécurité juridique » est particulièrement topique puisqu'il est souvent présenté, dans une perspective ontologisante qui ne se dévoile pas toujours, comme un renvoi à la « nature des choses », en l'occurrence du Droit. Dans cette perspective, où certains estiment « évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un »⁶⁵, la « sécurité juridique » constitue presque l'argument par excellence puisqu'elle est tout simplement l'explicitation du fondement ultime, de la fonction essentielle du Droit. S'il est vrai que la force de légitimation des solutions dont cette rhétorique est porteuse facilite l'intégration de la « sécurité juridique » dans les discours juridiques, personne ne pouvant se proclamer « contre la sécurité juridique », cette analyse ontologisante n'offre cependant pas autant d'explication que la théorie des contraintes. De fait, cette perspective naturaliste conduit à éluder le fait qu'il existe des droits injustes et « non sécurisés » qui traduisent un rapport de forces profondément inégalitaire et consacrent des discriminations. Aussi affligeant que soit le constat, peut-être mieux vaut-il pour penser ces phénomènes se résoudre à admettre leur existence – celle d'un droit nazi ou, plus tard, d'un

63. Voir par exemple l'intégration parmi les droits et libertés fondamentaux constitutionnels proposée par Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 702 et s.

64. Se reporter sur ce point à la démonstration menée à propos des droits fondamentaux par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *loc. cit.*, note 5, 328 et 329.

65. Jean BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », dans *Du droit international au droit de l'intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53 et s.

droit de l'apartheid en Afrique du Sud⁶⁶ – que de s'abriter derrière une impossibilité théorique fondée sur l'essence du Droit. En outre, et même si ses tenants feignent parfois de l'oublier, cette vision porte en elle la négation même, quelle que soit sa forme, de toute autonomisation de la « sécurité juridique », qui n'est plus qu'une « sorte de redondance »⁶⁷ inutile s'il est admis que le Droit est sûr par nature.

66. Voir en ce sens les démonstrations de Denys de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 255 et s. et de M. TROPER, « La doctrine et le positivisme », dans C.U.R.A.P.P., *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 286 et s.

67. J. BOULOUIS, *loc. cit.*, 53.