

## INTRODUCTION

Romain LE BŒUF<sup>1</sup>

Olivier LE BOT<sup>2</sup>

Le constat est banal : il arrive que le droit ne soit pas appliqué. Le juriste, comme le citoyen, est pleinement informé de cet état de fait, qu'il déplore en même temps qu'il le sait inévitable. N'est-ce pas le propre de la règle de droit que de pouvoir être méconnue<sup>3</sup>? Chacun sait que le Code pénal – pour ne rien dire du Code de la route ! – est l'objet d'atteintes aussi graves que quotidiennes. Dans ses différents champs de spécialité comme dans sa vie de tous les jours, le juriste constate l'écart qui peut exister entre les exigences du législateur et le comportement des opérateurs juridiques, quels qu'ils soient. Toutefois, confronté à la violation d'une règle qu'il sait n'être que primaire, l'homme de loi se tournera avec confiance vers les règles secondaires, en remerciant au passage Hart de lui avoir fourni un outil d'analyse aussi commode<sup>4</sup>. Ainsi envisagée, la violation du droit trouvera en principe une réponse qui assurera *in fine* l'application de la règle et, donc, le triomphe de l'ordre juridique : l'acte illégal est annulé, le préjudice réparé, bref, l'ordre des choses rétabli.

Plusieurs auteurs ont d'ailleurs affirmé que le propre du droit est moins de prohiber un comportement que de prévoir les conditions de sa sanction : Kelsen peut ainsi, dans sa *Théorie pure du droit*, considérer que « l'acte illicite apparaît comme la condition du droit, et non comme [sa] négation »<sup>5</sup>. Le coupable puni, c'est la victoire du droit tout autant que l'absence de crime. La distinction est importante : dire qu'une règle de droit est appliquée ne consiste pas à affirmer que la règle en question est respectée par ses destinataires, mais que ses violations sont généralement réprimées<sup>6</sup>. L'inapplication du droit ne se confond donc pas avec la simple violation de la règle. Elle renvoie uniquement, et bien plus fondamentalement, aux violations auxquelles ne serait venu remédier aucun mécanisme secondaire de mise en œuvre : le crime impuni, l'acte irrégulier non annulé, le dommage non réparé. Ainsi entendue, l'inapplication du droit renvoie donc moins à la violation d'une règle donnée qu'à la mise en échec de l'ordre juridique lui-même.

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

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

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

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

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

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

Communément employée dans le langage juridique<sup>7</sup>, la notion d'application du droit évolue dans une certaine furtivité conceptuelle. La doctrine est beaucoup plus familière de l'étude des notions voisines d'effectivité et – complément rituel – d'efficacité. Les trois termes, pourtant, ne peuvent assurément pas être tenus pour synonymes. Il existe entre les notions d'application et d'effectivité (et donc entre l'inapplication et l'ineffectivité) une différence d'échelle. En effet, le constat de l'effectivité ou de l'ineffectivité d'une norme renvoie à une évaluation de la régularité de son application. Une norme globalement effective peut parfaitement demeurer inappliquée dans un cas donné<sup>8</sup>. L'ineffectivité appartient donc au registre de la régularité, tandis que l'inapplication relève de celui de la singularité : il suffit d'un cas pour que soit caractérisée l'inapplication ; il en faut une multitude pour que soit caractérisée l'ineffectivité. Il en résulte donc que l'inapplication est, par définition, un phénomène plus vaste que l'ineffectivité. L'inapplication ne saurait davantage se confondre avec l'inefficacité : une norme peut être mécaniquement appliquée et néanmoins demeurer inefficace à réaliser l'effet voulu par son auteur<sup>9</sup>. À l'inverse, une norme, quoique fréquemment inappliquée, peut se révéler efficace du simple fait de son existence<sup>10</sup>.

La doctrine n'a consacré que très peu d'attention à cette question de l'inapplication du droit<sup>11</sup>. Ce désintérêt peut être expliqué de plusieurs façons. Sans doute, d'abord, une part de pudeur peut-elle expliquer la réticence des juristes à admettre le caractère faillible de leur objet – et à en faire publiquement état. La doctrine endosse ici sa fonction fabulatrice<sup>12</sup> pour substituer aux contingences du réel le récit linéaire de l'effectivité. Peut-être, ensuite, la théorie du droit ne fournit-elle pas les outils pour explorer cette matière noire que constitue la mise en échec du système juridique : la question de l'inapplication du droit – à l'instar de celle de son fondement – a ainsi pu être renvoyée hors du champ bien compris des études juridiques<sup>13</sup>. De façon plus problématique, enfin, on doit encore suggérer une forme de certitude latente, chez le juriste, que l'inapplication n'est pour le droit qu'un état transitoire destiné à être corrigé, d'un moment à l'autre, par l'organe de contrôle compétent, doublée de la conviction profondément enracinée que les cas réels d'inapplication sont, sinon marginaux, du moins exceptionnels. C'est précisément cette dernière hypothèse que le présent ouvrage se propose de mettre à l'épreuve, à travers une série de contributions abordant la question dans des domaines variés.

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

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

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

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

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

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

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

Pour le dire d'emblée, l'on suspecte que l'inapplication soit une pathologie beaucoup plus courante que ce que suggèrent nos enseignements magistraux. Pour n'en donner qu'un bref aperçu, l'inapplication du droit nous semble affecter aussi bien les rapports entre particuliers que ceux entretenus par les personnes publiques. Point n'est besoin ici de grandes constructions doctrinales : il suffit souvent de s'en rapporter à son expérience personnelle. Dans les rapports de droit privé, de très nombreuses atteintes ne donnent lieu à aucune démarche de la victime, soit en raison de la modicité du dommage qui en résulte (par exemple en droit civil, notamment en droit de la consommation), soit de par la crainte que le débiteur d'une obligation peut inspirer à son créancier (en particulier dans les relations commerciales ou de travail). En droit public, la fréquentation d'une administration quelconque permet de constater quelques tolérances, telle celle du chef de service qui laisse, par ignorance ou incurie, ses agents arborer des t-shirts professant de façon anodine et commerciale certains slogans politiques, voire les dessins de catéchisme des enfants naïvement exhibés par les parents sur le lieu de leur service, en méconnaissance flagrante du principe de neutralité<sup>14</sup>. En droit pénal, le procureur n'est-il pas habilité, au titre de l'opportunité des poursuites, à classer sans suite des délits pourtant caractérisés<sup>15</sup> ? Les cas d'inapplication sont légion et n'épargnent pas les normes les plus fondamentales. La Constitution elle-même n'est pas à l'abri des atteintes : outre les divers arrangements que la pratique a su ménager dans les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels<sup>16</sup> (et dont la fameuse théorie des actes de gouvernement reste la funeste garante), est-il probable de voir appliquer les dispositions constitutionnelles qui prévoient la nationalisation des services publics nationaux et des monopoles de fait<sup>17</sup> ou « le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi »<sup>18</sup> ? Dans les rapports entre États, le droit international se voit régulièrement reprocher de ne recevoir qu'une application très partielle<sup>19</sup>, notamment dans les domaines dans lesquels son application est la plus urgente<sup>20</sup>. La question est alors de savoir jusqu'à quel point il est possible de se convaincre que les violations du droit font systématiquement, majoritairement ou même régulièrement l'objet d'une réponse qui en assure *in fine* la correcte application.

De fait, les raisons de l'inapplication du droit sont multiples : méconnaissance de la règle, coût de sa mise en œuvre, indolence de la victime, inertie des autorités... Les motifs peuvent être déclinés et combinés à l'infini. C'est là un point de sociologie juridique qui mériterait d'être approfondi : ces facteurs, quoique non propres au droit, subvertissent à eux seuls tout l'édifice du droit positif et des protections qu'il assure<sup>21</sup>. Quel intérêt y a-t-il à consacrer dans le Code un droit que des

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

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

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

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

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

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

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

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

considérations pratiques élémentaires ne permettent pas de faire valoir<sup>22</sup>? Dans certains cas, ce sont les bénéficiaires de la règle qui, pour des raisons diverses, s'abstiendront de faire valoir un droit dont ils sont pourtant indiscutablement les titulaires<sup>23</sup>. Dans d'autres cas, ce sont les institutions chargées de garantir l'application de la règle qui s'abstiendront de la mettre en œuvre<sup>24</sup>. Dans une dernière série de cas, plus graves peut-être, ce sont les mesures de mise en œuvre elles-mêmes qui resteront inappliquées : ainsi de l'inexécution des décisions de justice, en droit interne aussi bien qu'en droit international<sup>25</sup>.

Faut-il s'inquiéter de ce droit demeuré inappliqué? D'un côté, comment admettre que la loi ne produise pas les effets qui lui sont assignés par la volonté générale, ou que la volonté souveraine des États consacrée dans un traité soit méconnue? L'état de droit – interne ou international – compose mal avec l'inapplication des normes, et il peut être tentant de chercher de façon systématique des remèdes, le cas échéant en dehors du droit lui-même<sup>26</sup>. Pour autant, à la supposer possible, l'application mécanique du droit et de ses multiples injonctions est-elle souhaitable? On sait les crispations qui existent autour de l'automatisation de la répression en matière de délinquance routière ou des peines plancher. D'une façon plus générale, doit-on nécessairement regretter que les autorités de contrôle puissent faire preuve de clémence? Que les victimes puissent faire preuve de pardon? Assurément, les divers courants théoriques ne répondront pas de façon univoque à ces interrogations. C'est, là aussi, un point qui mériterait d'être approfondi.

Les contributions réunies dans le présent ouvrage ne répondront certainement qu'à quelques-unes des pistes esquissées dans cette brève introduction, et sans doute cette esquisse ne mentionne-t-elle elle-même qu'une part infime des questions soulevées par la thématique de l'inapplication du droit<sup>27</sup>. Cette déception est heureuse, car elle signifie que la journée d'étude tenue à Aix-en-Provence en 2017 a de beaucoup dépassé les attentes initiales de ses organisateurs. Cette publication, initialement envisagée comme la fin d'un projet, ne revêt en définitive qu'une dimension exploratoire et l'ouvrage lui-même – nous espérons que le lecteur en conviendra – n'est rien d'autre que le vaste prologue d'une étude à poursuivre.

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

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

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

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

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

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